



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2005, Vol. 1, Part 1

2005, Vol. 1, 1^{er} fascicule

Cited as [2005] 1 F.C.R., 3-267

Renvoi [2005] 1 R.C.F., 3-267

NOTICE TO SUBSCRIBERS

Please note that due to an error in pagination, page numbers 385 to 390 were omitted in 2004, Volume 4. Part 3 begins at page 391 instead of page 385.

AVIS AUX ABONNÉS

Veillez noter qu'en raison d'une erreur de pagination, il n'y a pas de pages 385 à 390 dans le Volume 4 de 2004. Le 3^e fascicule commence à la page 391 au lieu de la page 385.

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons, Tax Lawyers

A. DAVID MORROW, Smart & Biggar

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie

LORNE WALDMAN, Jackman, Waldman & Associates

LEGAL STAFF

Senior Legal Editor

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

Legal Editors

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

FRANÇOIS BOIVIN, B.Soc.Sc., LL.B.

PRODUCTION STAFF

Production Manager

LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Publications Specialist

DIANE DESFORGES

Production Coordinator

LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant

PIERRE LANDRIault

The *Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, DAVID GOURDEAU, LL.B., Commissioner.

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2005.

The following added value features in the Federal Courts 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 Courts 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) 992-2899.

ARRÊTISTES

ArrêtiSte principal

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

ArrêtiStes

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

FRANÇOIS BOIVIN, B.Sc.Soc., LL.B.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications

DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production

LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition

PIERRE LANDRIault

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiSte en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le *Recueil* est préparé pour publication par le Bureau du commissaire à la magistrature fédérale, dont le commissaire est DAVID GOURDEAU, LL.B.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2005.

Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des décisions des Cours fédérales sont protégés 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 doivent être adressées à: L'arrêtiSte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Bureau du commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, téléphone (613) 992-2899.

Inquiries concerning the contents of the Federal Courts 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 Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Canada, K1A 0S9, telephone area code (613) 956-4800 or 1-800-635-7943.

Subscribers who receive the Federal Courts 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 Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.

All judgments and digests published in the Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://www.fja.gc.ca>

CONTENTS

Digests	D-1
Appeals Noted	I
Canada (Attorney General) v. Ribic (F.C.A.)	33

Evidence—Appeal against Trial Division orders authorizing partial disclosure of information, prohibiting two witnesses from testifying at appellant’s criminal trial—Appellant Canadian citizen involved in hostage-taking in Bosnia in 1995 while member of Serb forces, prosecuted in Canada under Criminal Code—Attorney General objecting to testimonies, disclosure of information, on basis it would be injurious to international relations, national defence or national security—Accused’s right to disclosure subject to Crown’s discretion and law and rules of privilege—Where sensitive information sought to be disclosed or obtained, State privilege to confidentiality and secrecy triggered, procedure for exercise of privilege established by Canada Evidence Act, s. 38—Judge determining (1) whether statutory prohibition should be confirmed; (2) whether information sought relevant to defence; (3) whether disclosure injurious to international relations, national defence or national security; (4) if injury, whether public interest in disclosure outweighing public interest in non-disclosure—Balancing public interest requiring more stringent test than usual relevancy rule—Disclosure by accused of information supporting defence not made to prosecution but to Attorney General and designated forum, not violating right

Continued on next page

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l'arrêviste en chef à l'adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.

Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à: Les Éditions et Services de dépôt, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Canada) K1A 0S9, téléphone (613) 956-4800 ou 1-800-635-7943.

Les abonnés qui reçoivent le Recueil 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 décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3.

Tous les jugements et fiches analytiques publiés dans le Recueil des décisions des Cours fédérales peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant: <http://www.cmf.gc.ca>

SOMMAIRE

Fiches analytiques	F-1
Appels notés	I
Canada (Procureur général) c. Ribic (C.A.F.)	33

Preuve—Appel interjeté contre deux ordonnances de la Section de première instance qui n'autorisaient que la divulgation partielle de renseignements et interdisaient à deux témoins de déposer au procès criminel de l'appelant—L'appelant est un citoyen canadien qui avait pris part à une prise d'otages en Bosnie en 1995 alors qu'il était membre des forces serbes, et il était poursuivi au Canada en application du Code criminel—Le procureur général s'opposait aux dépositions, ainsi qu'à la divulgation des renseignements, au motif qu'il en résulterait un préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale—Le droit de l'accusé à la divulgation de renseignements est subordonné au pouvoir discrétionnaire de la Couronne ainsi qu'au droit et aux règles qui régissent le privilège—Lorsque les renseignements qui seront divulgués ou que l'on cherche à obtenir sont des renseignements sensibles, l'État peut invoquer le privilège de la confidentialité et du secret, et l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada établit la méthode par laquelle le privilège sera exercé—Le juge doit décider 1) si l'interdiction prévue par la loi devrait être confirmée; 2) si les renseignements dont la divulgation est demandée seront utiles pour la défense; 3) si la divulgation des renseignements risque

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

to silence and presumption of innocence, but judge must ensure order prohibiting disclosure not resulting in compelling accused to take the stand—Decisions relating to scope of power to disclose information, form and conditions of disclosure reviewable on standard of correctness—Judge must ensure form and conditions to disclosure most likely to limit any injury to national security, national defence or international relations—Choice of conditions attached to authorization to disclose reviewable when judge failing to act judicially or in conformity with law—Expurgated transcripts fairly reflecting nature, substance of witnesses’ testimony, vetted information not helpful to defence—Non-disclosure not violating presumption of innocence—Process followed to balance competing interests not unfair, dictated by urgency, necessity—Privilege to protect State secrets not absolute, but circumstances for right to fair trial to prevail not existing herein—Judge correctly interpreting scope of power—Authorizing witnesses to testify not a measure most likely to limit any injury to national defence, national security or international relations—Release of expurgated transcripts, authorization to introduce them in evidence amounting to balancing of competing interests which best serves public interest, limiting injury as much as possible—Appeal dismissed.

Choken v. Lake St. Martin Indian Band (F.C.A.) . 69

Crown—Creditors and Debtors—Appeal from Federal Court Judge’s order third party manager (TPM) pay respondents judgment debt owed by Band as result of unjust dismissal award—Band entering into comprehensive funding arrangement (CFA) with Minister of Indian Affairs and Northern Development to provide programs, services to Band

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de porter préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale; 4) dans l’affirmative, si les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation l’emportent sur les raisons d’intérêt public qui justifient la non-divulgation —Soupeser les intérêts rivaux en jeu requiert l’application d’un critère plus rigoureux que la règle habituelle de la pertinence des renseignements—La divulgation par l’accusé de renseignements sur lesquels il entend fonder sa défense n’est pas une divulgation faite à la poursuite, mais une divulgation faite au procureur général et à une instance judiciaire désignée, et elle ne contrevient donc pas au droit d’un accusé de se taire, ni à la présomption d’innocence, mais le juge doit s’assurer que son ordonnance interdisant la divulgation de renseignements n’a pas pour résultat de forcer l’accusé à venir à la barre pour se défendre—Les décisions qui se rapportent à l’étendue du pouvoir de divulguer des renseignements, ainsi qu’à la forme et aux conditions de la divulgation, sont réformables selon la norme de la décision correcte—Le juge doit s’assurer que la forme et les conditions de la divulgation ont toutes les chances de limiter le préjudice à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales—Le choix des conditions qui peuvent être attachées à l’autorisation de divulguer est révisable lorsque le juge n’agit pas d’une manière judiciaire ou en conformité avec la loi—Les transcriptions expurgées rendaient compte adéquatement de la nature et de la substance des dépositions des témoins, et les renseignements censurés ne seraient pas utiles à la défense—La non-divulgation ne contreviendrait pas à la présomption d’innocence—La méthode employée pour soupeser les intérêts rivaux n’était pas injuste, mais elle était dictée par l’urgence et la nécessité—Le privilège qui vise à protéger les secrets d’État n’est pas absolu, mais les circonstances qui feraient prévaloir le droit à un procès équitable n’existent pas ici—Le juge a validement interprété l’étendue de ses pouvoirs—Le fait d’autoriser les témoins à déposer n’était pas une mesure particulièrement susceptible de limiter un éventuel préjudice à la défense nationale, à la sécurité nationale ou aux relations internationales—La divulgation des transcriptions expurgées, avec autorisation de les déposer comme preuve, équivalait à soupeser les intérêts rivaux d’une façon qui était la mieux à même de servir l’intérêt public tout en limitant le préjudice autant qu’il était possible— Appel rejeté.

Choken c. Bande indienne de Lake St. Martin (C.A.F.) 69

Couronne—Créanciers et débiteurs—Appel d’une ordonnance d’un juge de la Cour fédérale que le séquestre-administrateur (administrateur) paie aux intimés la dette constatée par jugement de la bande suite à une sentence arbitrale de congédiement injuste—La bande et le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien ont signé une entente globale de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

members—Funds under arrangement transferred to TPM pursuant to third party management agreement (TPMA), under which TPM responsible to satisfy obligations of CFA—Words and intent of TPMA making it clear funds held by TPM public funds at least until used for purposes provided in TPMA, and as such, not subject to garnishment since Crown funds immune from garnishment order unless statute expressly provides otherwise—Moneys held by TPM not debts owing to Band within meaning of Federal Court Rules, 1998, r. 449—Appeal allowed without costs.

Practice—Judgments and Orders—Enforcement—Garnishment—Appeal from order third party manager (TPM) pay respondents judgment debt owed by Band as result of unjust dismissal awards registered in Federal Court under Federal Court Rules, 1998, r. 424—TPM holding funds paid under comprehensive funding arrangement to provide departmental programs, services to Band members—Meaning of “debt owing or accruing” in r. 449(1)(a)(i)—Crown funds immune from garnishment order unless express statutory authorization—Funds in TPM’s account retained status of “public funds”, not subject to garnishment—Even if not public funds, not debt owing to Band as Band had no unconditional right to payment.

Practice—Costs—Appeal from Federal Court Judge’s order awarding costs despite alleged agreement between counsel not to seek costs—Costs apparently granted inadvertently by Judge—Appeal allowed without costs.

Oberlander v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) 3

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—Appeal from decision of Federal Court dismissing judicial review of decision of Governor in Council (GIC) revoking appellant’s citizenship—Minister of Citizenship and Immigration making report to GIC, alleging appellant obtaining citizenship by false representation, fraud or by knowingly concealing material circumstances—Report of Minister part of reasons of GIC, duty of GIC to provide reasons respected—In addition to satisfying itself statutory criteria for revocation met, GIC may engage in balancing of appellant’s interests, public interest, and consider relevant

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

financement (EGF) pour offrir des programmes et services aux membres de la bande—Les fonds prévus dans l’entente ont été versés à l’administrateur en vertu de l’entente d’administration par tierce partie (EATP), qui prévoyait que l’administrateur était chargé d’exécuter les obligations prévues dans l’EGF—Tant par son libellé que par son objectif, l’EATP prévoit que les fonds détenus par l’administrateur conservent leur statut de fonds publics, au moins jusqu’à ce qu’ils aient été utilisés aux fins expressément prévues dans l’EATP, et en tant que tels ils échappent à toute ordonnance de saisie-arrêt, sauf disposition législative expresse à l’effet contraire—Les fonds détenus par l’administrateur ne constituent pas une créance échue due à la bande, au sens de la règle 449 des Règles de la Cour fédérale (1998)—Appel accueilli sans dépens.

Pratique—Jugements et ordonnances—Exécution—Saisie-arrêt—Appel d’une ordonnance que le séquestre-administrateur (administrateur) paie aux intimés la dette constatée par jugement de la bande suite à une sentence arbitrale de congédiement injuste déposée en Cour fédérale en vertu de la règle 424 des Règles de la Cour fédérale (1998)—L’administrateur détient les fonds versés en vertu de l’entente globale de financement aux fins des programmes et services du Ministère offerts aux membres de la bande—Sens à donner à l’expression «créances échues ou à échoir» de la règle 449(1)(a)(i)—Les fonds publics échappent à toute ordonnance de saisie-arrêt, sauf disposition législative expresse à l’effet contraire—Les fonds détenus par l’administrateur conservent leur statut de «fonds publics» et ils ne peuvent faire l’objet d’une saisie-arrêt—Même si les fonds en cause ne sont pas des fonds publics, ils ne constituent pas une créance échue due à la bande car elle n’a aucun droit inconditionnel à leur paiement.

Pratique—Frais et dépens—Appel de l’ordonnance d’un juge de la Cour fédérale octroyant les dépens nonobstant une entente qui serait intervenue entre les avocats pour renoncer aux dépens—Il semble que c’est par inadvertance que le juge a accordé les dépens—Appel accueilli sans dépens.

Oberlander c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) 3

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Citoyens—Appel d’une décision de la Cour fédérale rejetant une demande de contrôle judiciaire de la décision du gouverneur en conseil (GC) d’annuler la citoyenneté de l’appellant—Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration avait fait rapport au GC, en alléguant que l’appellant avait acquis la citoyenneté par fraude ou au moyen d’une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels—Le rapport de la ministre constituait une partie des motifs du GC; l’obligation du GC de donner des motifs a été respectée—En plus d’être convaincu qu’il a été satisfait aux critères législatifs

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

program policy objectives—Government policy that citizenship revocation only pursued where person personally committed or complicit in commission of war crimes—GIC, having decided to apply guidelines to case, required to determine whether appellant coming within their scope—Standard of review with respect to weighing of personal, public interest patent unreasonableness, standard of review for determination person war criminal within ambit of policy reasonableness *simpliciter*—As no balancing of appellant's personal interest and of public interest, decision in that regard patently unreasonable—GIC could not conclude policy applied to appellant without first forming opinion as to whether evidence appellant complicit in activities of organization with single, brutal purpose—Not possible to supplement GIC decision by that of reviewing Judge—GIC decision failing to make appropriate findings, and as such, not reasonable—Appeal allowed.

Raïche v. Canada (Attorney General) (F.C.) 93

Constitutional Law—Charter of Rights—Democratic Rights—Judicial review of Royal Proclamation transferring certain New Brunswick parishes to different electoral district—Whether Charter, s. 3 infringed and, if so, whether proclamation saved by Charter, s. 1—Purpose of right to vote to afford effective representation, not just parity of voting power—Factors to be considered—No Charter violation unless electoral boundaries as established could not have been set by reasonable persons applying appropriate principles—Affidavits of citizens, conflicting expert witness affidavits of political science professors, considered—Importance of M.P.'s ability to communicate in French—Report of Attorney General's expert criticized for non-consideration of Charter, s. 3 legal principles—Minority group's fears of inadequate representation not without foundation—Region unique as having Canada's highest concentration of Acadians—As voter parity primary consideration, s. 3 not breached—But if breached, not saved by s. 1.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

applicables à l'annulation, le GC peut soupeser les intérêts de l'appelant et l'intérêt public ainsi que tenir compte des objectifs pertinents du programme—Selon la politique du gouvernement, l'annulation de la citoyenneté est uniquement demandée lorsqu'une personne a elle-même commis des crimes de guerre ou a été complice de pareils crimes—Le GC, qui avait décidé d'appliquer les lignes directrices en l'espèce, devait décider si ces lignes directrices s'appliquaient à l'appelant—Soupeser des intérêts personnels et des intérêts publics entraîne la norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable; la norme de contrôle permettant de déterminer si un individu est un criminel de guerre visé par la politique est celle de la décision raisonnable *simpliciter*—Étant donné que l'intérêt personnel de l'appelant et l'intérêt public n'avaient pas été soupesés, la décision sur ce point était manifestement déraisonnable—Le GC ne pouvait pas conclure que la politique s'appliquait à l'appelant sans d'abord se faire une opinion au sujet de la question de savoir s'il existait une preuve permettant de conclure que l'appelant était complice des activités d'une organisation dont la seule raison d'être était de perpétrer des actes de brutalité—La décision du GC ne pouvait pas être complétée par celle du juge saisi en révision—La décision du GC ne renfermait pas les conclusions appropriées et elle n'était donc pas raisonnable—Appel accueilli.

Raïche c. Canada (Procureur général) (C.F.) 93

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits démocratiques—Contrôle judiciaire d'une proclamation royale transférant certaines paroisses du Nouveau-Brunswick à différentes circonscriptions électorales—La Proclamation portait-elle atteinte à l'art. 3 de la Charte, et, dans l'affirmative, était-elle sauvegardée par l'article premier de la Charte?—Le droit de vote vise une représentation effective, pas seulement la parité du pouvoir électoral—Facteurs dont on doit tenir compte—Il n'y a violation de la Charte que dans les cas où des personnes raisonnables, appliquant les principes appropriés, n'auraient pas pu tracer les limites existantes des circonscriptions—Examen d'affidavits de citoyens, d'affidavits contradictoires de professeurs de sciences politiques—Importance de la capacité du député à communiquer en français—Le rapport de l'expert du procureur général a été critiqué parce qu'il ne tenait pas compte des principes juridiques de l'art. 3 de la Charte—Les craintes d'une minorité de ne pas être adéquatement représentée n'étaient pas sans fondement—La région est unique car elle possède la plus grande concentration d'Acadiens au Canada—Le critère primordial étant l'égalité des suffrages, l'art. 3 n'a pas été enfreint—Mais, s'il a été enfreint, la violation n'est pas sauvegardée par l'article premier.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Elections—Judicial review of Royal Proclamation re: transfer of certain New Brunswick parishes to different electoral district—Administration of Electoral Boundaries Readjustment Act explained—Reason for impugned transfer: to correct electoral quota imbalance between adjoining ridings—Argued that transfer will prejudice region's economic, social development—Concepts of community of interests, identity—Complaints made to Commissioner of Official Languages—Whether Proclamation contravening Readjustment Act, s. 15—Standard of review of Commission decisions—Act empowers Commission to deviate from voter parity principle in appropriate circumstances—Commission failing to correctly interpret Act by disregarding whether community of interest justifying departure from principle variance not to exceed 10%—Variance may exceed 25% in extraordinary circumstances—Commission not having regard to evidence Acadian minority in Miramichi without representation—Court not believing community's political power depending only on attaining critical mass—Court rejecting argument Readjustment Act, as specific legislation, prevailing over Official Languages Act—Court empowered to set Commission decision aside, not to restore Acadie-Bathurst electoral district to what had been as would usurp role of Parliament.

Official Languages—Judicial review of Proclamation regarding transfer of certain New Brunswick parishes from Acadie-Bathurst riding to Miramichi—Whether OLA, Part VII contravened—Whether OLA, s. 41 applicable to readjustment Commission's final report—Court rejecting submission Readjustment Act as specific legislation, prevailing over OLA, law of general application—Part VII declaratory, not executory so need not always be given effect to by Government, federal institutions—S. 42 not enforceable.

Federal Court Jurisdiction—Judicial review of Proclamation re: transfer to certain New Brunswick parishes to different electoral district—Whether Court having jurisdiction re: decisions under Official Languages Act, Part VII—Conflicting F.C.A. case law considered—Fundamental principle of law: if right exists, Court can enforce it—F.C. having power to quash Commission decision but not to restore electoral district to what had been—To do so would usurp role of Parliament.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Élections—Contrôle judiciaire d'une proclamation royale transférant certaines paroisses du Nouveau-Brunswick à différentes circonscriptions électorales—Explication de l'administration de la Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales—Motif du transfert contesté: corriger l'inégalité de quotient électoral entre circonscriptions voisines—Le transfert nuirait au développement social et économique de la région—Concepts de communauté d'intérêts, de spécificité—Plaintes adressées à la commissaire aux langues officielles—La Proclamation portait-elle atteinte à l'art. 15 de la Loi sur la révision?—Norme de contrôle des décisions de la Commission—La Loi permet à la Commission de déroger au principe de la parité électorale quand les circonstances le justifient—La Commission a mal interprété la Loi en ne se demandant pas si la communauté d'intérêts justifiait une dérogation au principe que l'écart ne doit pas dépasser 10 p. 100—L'écart peut dépasser 25 p. 100 dans des circonstances extraordinaires—La Commission n'a pas tenu compte de la preuve que la minorité acadienne à Miramichi n'avait pas de représentation—La Cour ne croyait pas que le pouvoir politique d'une collectivité ne dépend seulement que de l'atteinte d'une masse critique—La Cour a rejeté l'argument que la Loi sur la révision, qui est d'application spécifique, a préséance sur la Loi sur les langues officielles—La Cour était habilitée à annuler la décision de la Commission mais non à rétablir la circonscription électorale Acadie-Bathurst telle qu'elle était avant car elle se trouverait à usurper le rôle du Parlement.

Langues officielles—Contrôle judiciaire d'une proclamation concernant le transfert de certaines paroisses du Nouveau-Brunswick de la circonscription électorale d'Acadie-Bathurst à Miramichi—La partie VII de la LLO a-t-elle été violée?—L'art. 41 de la LLO est-il applicable au rapport final de la Commission sur la révision?—La Cour a rejeté la prétention que la Loi sur la révision, qui est d'application spécifique, a préséance sur la LLO qui est une loi d'application générale—La partie VII de la LLO est déclaratoire plutôt qu'exécutoire et ni le gouvernement fédéral ni les institutions fédérales ne sont obligés de toujours y donner suite—L'art. 42 n'est pas exécutoire.

Compétence de la Cour fédérale—Contrôle judiciaire d'une proclamation transférant certaines paroisses du Nouveau-Brunswick à une circonscription électorale différente—La Cour avait-elle compétence pour intervenir dans les décisions rendues sous le régime de la partie VII de la Loi sur les langues officielles?—Examen de la jurisprudence contradictoire de la C.A.F.—En vertu d'un principe fondamental de droit, la Cour peut faire respecter un droit qui existe—La C.F. a compétence pour annuler la décision de la Commission mais non pour rétablir la circonscription électorale telle qu'elle était—Agir ainsi équivaldrait à usurper le rôle du Parlement.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Rothbury International Inc. v. Canada (Minister of Industry) (F.C.)	130
--	-----

Industrial Design—Plaintiff filing registration application for industrial design relating to block used in construction of revetment walls, external division walls—Application denied—Proper proceeding under Industrial Design Act, s. 22 action—Purpose of Act to protect visual features, combinations of features, configuration, pattern or ornament in finished article—Originality determined by purely visual assessment—Act, s. 7(3) providing design must be considered as original by examiner from standpoint of informed consumer—Additional evidence filed in Federal Court disclosing several installation options possible for revetment wall, division wall—Commissioner of Patents failed to consider aesthetic aspect of design, erred in assessing degree of originality required to register industrial design for plaintiff's block—Design valid, registrable under Industrial Design Act.

Administrative Law—Judicial Review—*Mandamus*—Plaintiff seeking order to enter industrial design 1997-1470 in Register of Industrial Designs—Commissioner of Patents dismissing application to register for lack of originality in design compared with prior art—Appeal of Commissioner's conclusions under Industrial Design Act, s. 22 requiring determination of appropriate standard of review—Application of pragmatic, functional analysis—Although originality question of fact for which standard of review that of reasonable decision, because additional evidence filed in Court, appropriate standard of review correctness.

Sogi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.)	171
--	-----

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Immigration Inquiry Process—Appellant alleged member of terrorist organization—Minister applying for non-disclosure of certain information—Immigration Division determining information relevant to appellant's admissibility, disclosure would be injurious to national security, safety of any person—Appellant provided only with summary of information—Federal Court Judge confirming information not to be disclosed but may be considered by Court—Under IRPA procedure (ss. 44, 86, 87), Federal Court Immigration and Refugee Protection Rules, Federal Court judge having

SOMMAIRE (Suite)

Rothbury International Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie) (C.F.)	130
---	-----

Dessins industriels—La demanderesse a déposé une demande d'enregistrement pour un dessin industriel relatif à un bloc utilisé dans la construction de murs de soutènement et de murs de division extérieurs—Demande rejetée—La procédure appropriée à la lumière de l'art. 22 de la Loi sur les dessins industriels est une action—L'objet de la loi est la protection des caractéristiques ou combinaisons de caractéristiques visuelles d'un objet fini en ce qui touche la configuration, le motif ou les éléments décoratifs—L'originalité d'un dessin est déterminée par l'appréciation uniquement visuelle—L'art. 7(3) de la Loi prévoit que le dessin doit être considéré par l'examineur comme étant original, du point de vue du consommateur averti—La preuve supplémentaire déposée devant la Cour fédérale a révélé que plusieurs options d'installation étaient possibles tant pour un mur de soutènement que pour un mur de division—Le commissaire aux brevets a omis de considérer l'aspect esthétique du dessin, et il a erré en droit et en fait dans son évaluation du degré d'originalité requis pour l'enregistrement du dessin industriel du bloc de la demanderesse—Le dessin industriel était valide et enregistrable en vertu de la Loi sur les dessins industriels.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*Mandamus*—La demanderesse cherchait à faire inscrire la demande 1997-1470 sur le registre des dessins industriels—Le commissaire aux brevets a rejeté la demande d'enregistrement en raison de l'absence d'originalité du dessin par rapport à l'art antérieur—L'appel des conclusions du commissaire en vertu de l'art. 22 de la Loi sur les dessins industriels exige la détermination de la norme de contrôle appropriée—Application de l'approche pragmatique et fonctionnelle—L'originalité d'un dessin est une question de fait pour laquelle la norme de contrôle appropriée est celle de la décision raisonnable, mais, parce qu'une preuve additionnelle a été déposée devant la Cour, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

Sogi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.F.)	171
---	-----

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et Renvoi—Processus d'enquête en matière d'immigration—L'appellant appartiendrait à une organisation terroriste—Le ministre a demandé la non-divulgence de certains renseignements—La Section de l'immigration a conclu que les renseignements étaient pertinents quant à l'admissibilité de l'appellant et que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui—L'appellant n'a reçu qu'un résumé des renseignements—Un juge de la Cour fédérale a confirmé que les renseignements ne devaient pas être divulgués, mais que la Cour pouvait en tenir compte—Selon la procédure de la LIPR

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

opportunity to review propriety of keeping information confidential—IRPA procedure in accordance with principles of fundamental justice.

Administrative Law—Judicial Review—*Certiorari*—Immigration Division determining appellant inadmissible under Immigration and Refugee Protection Act, s. 34(1)(f) on ground member of terrorist organization—In reviewing inadmissibility decision, Federal Court Judge correctly applied pragmatic, functional approach to determine review should be conducted on correctness basis—Factors established by S.C.C. in determining appropriate standard of review considered—Proper standard of review on question of whether relevant information should be disclosed to affected individual correctness—Federal Court judge making own assessment of whether disclosure of confidential information would be injurious to national security, safety of any person—Reviewing correctness of Immigration Division decision rather than making initial decision.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—In making admissibility decision, Immigration Division may take into account security intelligence information without disclosing it to affected individual—Whether procedure contrary to Charter, s. 7—Federal Court Judge determining information relevant to issues before Court, disclosure injurious to national security—Finding Immigration Division correctly ordered non-disclosure open to Federal Court Judge, should not be disturbed on appeal—IRPA procedure constitutional, in accordance with principles of fundamental justice as sufficiently similar to procedure under former Act and upheld in *Ahani v. Canada (F.C.A.)*—No violation of s. 7.

Tommy Hilfiger Licensing, Inc. v. International Clothiers Inc. (F.C.A.) 148

Trade-marks—Infringement—Appeal from Federal Court decision dismissing appellants' claim for infringement of Crest Design trade-marks—Respondent purchasing shirts featuring Crest Design and shorts featuring similar crest, from suppliers, and then selling shirts, shorts although not licensed to do

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

(art. 44, 86 et 87) et les Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration et de protection des réfugiés, un juge de la Cour fédérale peut décider si le maintien de la confidentialité des renseignements est bien fondé—Le processus de la LIPR est conforme aux principes de justice fondamentale.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*Certiorari*—La Section de l'immigration a conclu que l'appellant était interdit de territoire en vertu de l'art. 34(1)f) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés parce qu'il appartenait à une organisation terroriste—Lorsqu'il a révisé la décision portant interdiction de territoire, le juge de la Cour fédérale a eu raison d'appliquer la méthode pragmatique et fonctionnelle pour conclure que la norme de la décision correcte devrait s'appliquer à ce contrôle—Examen des facteurs que la C.S.C. a établis pour déterminer la norme de contrôle applicable—La norme de contrôle applicable à la question de savoir si les renseignements pertinents devraient être divulgués à la personne concernée est celle de la décision correcte—Le juge de la Cour fédérale fait sa propre appréciation en ce qui a trait à la question de savoir si la divulgation des renseignements confidentiels porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui—Dans ce contexte, il est appelé à examiner le bien-fondé de la décision de la Section de l'immigration plutôt qu'à prendre une décision initiale.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Dans le cadre d'une décision portant sur l'admissibilité, la Section de l'immigration peut tenir compte des renseignements en matière de sécurité sans les divulguer à la personne concernée—Il s'agit de savoir si le processus contrevient à l'art. 7 de la Charte—Un juge de la Cour fédérale a conclu que les renseignements étaient pertinents quant aux questions que la Cour devait trancher et que la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale—Il était loisible au juge de la Cour fédérale de conclure que la Section de l'immigration a eu raison d'interdire la non-divulgation et cette conclusion ne devrait pas être modifiée en appel—Le processus de la LIPR est constitutionnel et conforme aux principes de justice fondamentale parce qu'il est suffisamment semblable au processus de l'ancienne Loi, dont la validité a été confirmée dans *Ahani c. Canada (C.A.F.)*—Aucune violation de l'art. 7.

Tommy Hilfiger Licensing, Inc. c. International Clothiers Inc. (C.A.F.) 148

Marques de commerce—Contrefaçon—Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant l'allégation des appelantes relative à la contrefaçon de leurs marques-écussons—L'intimée a acheté de certains distributeurs des chemises sur lesquelles figurait les marques-écussons et des ensembles shorts portant

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

so—Trial Judge concluding respondent's crest design not used as trade-mark as no evidence intended to use crest design to distinguish wares, thus not infringing appellants' trade-marks—Trial Judge also concluding use of respondent's crest design as trade-mark would likely cause confusion—Meaning of words "used . . . for the purpose of distinguishing or so as to distinguish" found in definition of "trade-mark" in Trade-marks Act, s. 2—Respondent's marks confusing with appellants' Crest Design, serving purpose of indicating origin of wares, as such used as trade-mark—Proof of intention of respondent to use mark as trade-mark or for purpose of indicating origin not necessary—In view of conclusion respondent crest design likely to cause confusion, exclusive use of appellants' Crest Design trade-marks infringed—Appeal allowed.

VIA Rail Canada Inc. v. Cairns (F.C.A.) 205

Labour Relations—Judicial review of Canada Industrial Relations Board decision imposing terms of employment on VIA Rail Canada Inc. (VIA) and Brotherhood of Locomotive Engineers (BLE)—VIA creating new craft to perform functions of locomotive engineers and conductors—BLE winning vote to represent new craft, entering into memorandum of agreement with VIA—Group of conductors successfully complaining to Board that BLE not fairly representing their interests (Decision 35)—Attempts to resolve outstanding issues not progressing, Board rendering decision under review—*Royal Oak Mines Inc. v. Canada* describing situations where remedial order patently unreasonable—Board not exceeding jurisdiction by amending Decision 35, taking into account events occurring after date of BLE's breach—Court's decision remitting Decision 35 not precluding Board from exercising jurisdiction—Canada Labour Code, s. 99(1)(b.1) not exhaustive of Board's powers to impose terms, not patently unreasonable for Board to conclude Canada Labour Code, s. 99(2) empowering it to impose terms to remedy breach of duty of fair representation—In exceptional circumstances, not patently unreasonable for Board to impose collective agreement terms on employer, union to remedy breach of duty of fair representation—In case at bar, none of errors described in *Royal Oak Mines* committed—Board's ability to effectively enforce duty of fair representation strengthening principle of free collective bargaining—Only where Board's order contradicting objects and purposes of Code by striking improper balance among relevant objects and

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

un écusson similaire pour ensuite les vendre sans licence—Le juge de première instance a conclu que l'intimée n'a pas employé son dessin d'écusson à titre de marque de commerce puisque l'intention d'employer ce dessin pour distinguer ses marchandises de celles des autres n'a pas été établi; il n'y a donc pas de contrefaçon des marques des appelantes—Le juge de première instance a aussi conclu que l'emploi du dessin de l'intimée à titre de marque de commerce causerait vraisemblablement de la confusion—Sens des mots «employée [. . .] pour distinguer, ou de façon à distinguer» que l'on retrouve dans la définition du terme «marque de commerce» à l'art. 2 de la Loi sur les marques de commerce.—Les marques de l'intimée créaient de la confusion avec les marques-écussons des appelantes parce qu'elles servaient à indiquer la provenance et étaient donc employées à titre de marque de commerce—Il n'est pas nécessaire de prouver l'intention de l'intimée d'employer sa marque à titre de marque de commerce, ou pour indiquer la provenance—Vu la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'emploi du dessin d'écusson de l'intimée causerait vraisemblablement de la confusion, les appelantes ont établi la violation de leur droit à l'emploi exclusif de leurs marques-écussons—Appel accueilli.

VIA Rail Canada Inc. c. Cairns (C.A.F.) 205

Relations du travail—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Conseil canadien des relations industrielles a imposé des conditions d'emploi à VIA Rail Canada Inc. (VIA) et à la Fraternité des ingénieurs de locomotives (FIL)—VIA a créé un nouveau groupe qui remplirait les fonctions des mécaniciens de locomotive et des chefs de train—La FIL a remporté le scrutin de représentation de la nouvelle unité et a conclu une entente avec VIA—Un groupe de chefs de train a déposé une plainte avec succès devant le Conseil pour faire valoir que la FIL n'avait pas représenté équitablement leurs intérêts (décision 35)—Les efforts des parties pour régler les points en litige n'ayant pas progressé, le Conseil a rendu la décision qui fait l'objet du présent contrôle—L'arrêt *Royal Oak Mines Inc. c. Canada* décrit les cas où une ordonnance réparatrice sera tenue pour manifestement déraisonnable—Le Conseil n'a pas outrepassé sa compétence lorsqu'il a modifié la décision 35 en tenant compte d'événements survenus après la date à laquelle la FIL a commis son manquement—La décision de la Cour de renvoyer la décision 35 n'a pas empêché le Conseil d'exercer sa compétence—L'art. 99(1)b.1) du Code canadien du travail n'est pas exhaustif à l'égard du pouvoir du Conseil d'imposer des conditions et il n'était pas manifestement déraisonnable de la part du Conseil de conclure que l'art. 99(2) du Code canadien du travail l'habilitait à imposer des conditions remédiant à un manquement au devoir de représentation juste—Dans des circonstances exceptionnelles, il n'est pas manifestement déraisonnable pour le Conseil d'imposer des conditions de convention collective à

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

purposes patently unreasonable can Court set aside decision—Board only capable of imposing terms to remedy breach of Code where no other reasonably practicable alternative—Board must be able to impose terms as a last resort to discharge statutory duty to facilitate constructive resolution of disputes, ensure integrity of bargaining process by effectively remedying breaches of duty of fair representation, oversee due implementation of remedial orders—Board’s remedy not patently unreasonable, not contradicting objects and purposes of Code—Board’s order against VIA not punitive rather than compensatory—“Dovetailing” of seniority lists, portability of seniority, selection of date for establishing seniority not patently unreasonable in view of new labour relations context—Applications dismissed—Per Pelletier J.A. (dissenting): patently unreasonable decision one which “cannot be supported by the relevant legislation”—Code favouring resolution of disputes by collective bargaining—Decision under review effectively removing subject of integration of conductors into ranks of locomotive engineers from collective bargaining—Decision contrary to objects, purposes of Code, not supported by relevant legislation, thus patently unreasonable.

Administrative Law—Judicial Review—*Certiorari*—Standard of review—Decision of Canada Industrial Relations Board imposing terms of employment on VIA Rail Canada Inc. (VIA) and Brotherhood of Locomotive Engineers (BLE)—Standard of review of adjudicative administrative agency to be determined on basis of pragmatic and functional approach—Jurisdictional issues only one of factors to be considered—Board decisions turning on interpretation of Code normally reviewable for patent unreasonableness—Strong preclusive clauses, broad scope of expertise and relevance of that expertise to interpretation of enabling legislation, and legislative intention that labour disputes be resolved expeditiously by specialist agencies with tailor-made processes and remedial powers, are considerations leading to high degree of deference towards decisions of labour relations boards—Decision under review involving interpretation of Board’s

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

un employeur et à un syndicat pour remédier au manquement au devoir de représentation juste—En l’espèce, aucune des erreurs exposées dans l’arrêt *Royal Oak Mines* n’a été commise—Le pouvoir du Conseil de faire respecter efficacement le devoir de représentation juste renforce le principe de la libre négociation collective—La Cour ne peut annuler une décision que lorsque l’ordonnance du Conseil allait à l’encontre des objectifs du Code en établissant un déséquilibre entre des objectifs pertinents et était manifestement déraisonnable—Le Conseil ne peut imposer de conditions comme réparation à un manquement au Code que dans le cas où il n’y a pas d’autre option faisable pour remédier au manquement—Le Conseil doit être en mesure d’imposer des conditions en dernier ressort pour s’acquitter de l’obligation que lui impose la loi de faciliter le règlement positif des différends, d’assurer l’intégrité de la procédure de négociation en remédiant efficacement aux manquements au devoir de représentation juste et de surveiller la mise en œuvre correcte de ses ordonnances réparatrices—La réparation accordée par le Conseil n’est pas manifestement déraisonnable et ne va pas à l’encontre des objectifs du Code—On ne pouvait pas dire que l’ordonnance du Conseil contre VIA était punitive plutôt que compensatoire—L’«intégration» des listes d’ancienneté, le transfert de l’ancienneté et le choix de la date à partir de laquelle l’ancienneté était calculée n’étaient pas manifestement déraisonnables dans le nouveau contexte des relations du travail—Demandes rejetées—Le juge Pelletier, J.C.A. (dissident): une décision manifestement déraisonnable en est une qui l’est au point de «ne pouvoir s’appuyer sur la législation pertinente»—Le Code favorise le règlement des différends par une négociation collective—La décision sous contrôle a retiré la question de l’intégration des chefs de train dans les rangs des mécaniciens de locomotive du champ de la négociation collective—La décision allant à l’encontre des objectifs du Code et ne pouvant s’appuyer sur la législation pertinente est donc manifestement déraisonnable.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*Certiorari*—Norme de contrôle—Décision du Conseil canadien des relations industrielles d’imposer des conditions d’emploi à VIA Rail Canada Inc. (VIA) et à la Fraternité des ingénieurs de locomotives (FIL)—La norme de contrôle applicable aux décisions d’un organisme administratif juridictionnel doit être déterminée selon l’analyse pragmatique et fonctionnelle—Les questions de compétence ne sont que l’un des facteurs à prendre en considération—Les décisions du Conseil qui portent sur l’interprétation du Code doivent normalement faire l’objet d’un contrôle selon la norme de la décision manifestement déraisonnable—De rigoureuses clauses limitatives, la vaste portée de l’expertise des conseils des relations du travail et la pertinence de cette expertise pour l’interprétation de leur loi habilitante ainsi que l’intention du législateur d’obtenir le règlement rapide des conflits de travail

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

broadly framed remedial powers, which attract particular deference—Patent unreasonableness applicable standard of review with regard to Board's interpretation of remedial powers—Correctness applicable standard of review with regard to effect of order dismissing judicial review applications of Decision upholding conductors' complaint.

SOMMAIRE (Fin)

par des organismes spécialisés, dotés de procédures spécifiquement adaptées et de pouvoirs de réparation, sont des considérations qui poussent à un degré élevé de retenue à l'égard des décisions des conseils des relations du travail—La décision visée par le contrôle comporte l'interprétation du pouvoir de réparation du Conseil qui est défini de manière très large, ce qui commande une retenue particulière—La norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable est celle qui s'applique à l'interprétation des pouvoirs de réparation du Conseil—La décision correcte est la norme de contrôle pour trancher l'effet de l'ordonnance rejetant les demandes de contrôle judiciaire de la décision faisant droit à la plainte des chefs de train.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2004] 3 F.C.R. 501 (F.C.), has been affirmed on appeal (A-31-04, 2005 FCA 1). The reasons for judgment handed down 5/1/05, will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for Leave to Appeal

AstraZeneca AB v. Apotex Inc., A-29-04, 2004 FCA 224, Sharlow J.A., judgment dated 9/6/04 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 27/1/05.

Bayer AG v. Apotex Inc., A-546-03, 2004 FCA 242, Rothstein J.A., judgment dated 23/6/04 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 20/1/05.

Brookfield Lepage Johnson Controls Facility Management Services v. Canada (Minister of Public Works and Government Services), A-164-03, 2004 FCA 214, Evans J.A., judgment dated 31/5/04, leave to appeal to S.C.C. refused 20/1/05.

Canada (Attorney General) v. Peace, A-97-03, 2004 FCA 56, Sexton J.A., judgment dated 5/2/04 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 27/1/05.

Sokolowska v. Canada, A-529-03, Létourneau J.A., judgment dated 24/9/04 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 27/1/05.

VIA Rail Canada Inc. v. Cairns, [2005] 1 F.C.R. 205 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 20/1/05.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 3 R.C.F. 501 (C.F.), a été confirmée en appel (A-31-04, 2005 CAF 1). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 5-1-05, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

AstraZeneca AB c. Apotex Inc., A-29-04, 2004 CAF 224, le juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 9-6-04 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-1-05.

Bayer AG c. Apotex Inc., A-546-03, 2004 CAF 242, le juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 23-6-04 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 20-1-05.

Brookfield Lepage Johnson Controls Facility Management Services c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux), A-164-03, 2004 CAF 214, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 31-5-04 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 20-1-05.

Canada (Procureur général) c. Peace, A-97-03, 2004 CAF 56, le juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 5-2-04 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-1-05.

Sokolowska c. Canada, A-529-03, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 24-9-04 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-1-05.

VIA Rail Canada Inc. c. Cairns, [2005] 1 R.C.F. 205 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 20-1-05.

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2005, Vol. 1, Part 1

2005, Vol. 1, 1^{er} fascicule

A-294-03
2004 FCA 213

A-294-03
2004 CAF 213

Helmut Oberlander (*Appellant*)

v.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

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

Federal Court of Appeal, Décary, Sexton and Malone
J.J.A.—Toronto, May 19; Ottawa, May 31, 2004.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Appeal from decision of Federal Court dismissing judicial review of decision of Governor in Council (GIC) revoking appellant's citizenship — Minister of Citizenship and Immigration making report to GIC, alleging appellant obtaining citizenship by false representation, fraud or by knowingly concealing material circumstances — Report of Minister part of reasons of GIC, duty of GIC to provide reasons respected — In addition to satisfying itself statutory criteria for revocation met, GIC may engage in balancing of appellant's interests, public interest, and consider relevant program policy objectives — Government policy that citizenship revocation only pursued where person personally committed or complicit in commission of war crimes — GIC, having decided to apply guidelines to case, required to determine whether appellant coming within their scope — Standard of review with respect to weighing of personal, public interest patent unreasonableness, standard of review for determination person war criminal within ambit of policy reasonableness simpliciter — As no balancing of appellant's personal interest and of public interest, decision in that regard patently unreasonable — GIC could not conclude policy applied to appellant without first forming opinion as to whether evidence appellant complicit in activities of organization with single, brutal purpose — Not possible to supplement GIC decision by that of reviewing Judge — GIC decision failing to make appropriate findings, and as such, not reasonable — Appeal allowed.

This was an appeal from the decision of a Judge of the Federal Court (the reviewing Judge) dismissing Mr. Oberlander's application for judicial review of the Governor in

Helmut Oberlander (*appelant*)

c.

Le procureur général du Canada (*intimé*)

RÉPERTORIÉ: OBERLANDER c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.F.)

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Sexton et Malone,
J.C.A.—Toronto, 19 mai; Ottawa, 31 mai 2004.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant une demande de contrôle judiciaire de la décision du gouverneur en conseil (GC) d'annuler la citoyenneté de l'appellant — La ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration avait fait rapport au GC, en alléguant que l'appellant avait acquis la citoyenneté par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels — Le rapport de la ministre constituait une partie des motifs du GC; l'obligation du GC de donner des motifs a été respectée — En plus d'être convaincu qu'il a été satisfait aux critères législatifs applicables à l'annulation, le GC peut soupeser les intérêts de l'appellant et l'intérêt public ainsi que tenir compte des objectifs pertinents du programme — Selon la politique du gouvernement, l'annulation de la citoyenneté est uniquement demandée lorsqu'une personne a elle-même commis des crimes de guerre ou a été complice de pareils crimes — Le GC, qui avait décidé d'appliquer les lignes directrices en l'espèce, devait décider si ces lignes directrices s'appliquaient à l'appellant — Soupeser des intérêts personnels et des intérêts publics entraîne la norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable; la norme de contrôle permettant de déterminer si un individu est un criminel de guerre visé par la politique est celle de la décision raisonnable simpliciter — Étant donné que l'intérêt personnel de l'appellant et l'intérêt public n'avaient pas été soupesés, la décision sur ce point était manifestement déraisonnable — Le GC ne pouvait pas conclure que la politique s'appliquait à l'appellant sans d'abord se faire une opinion au sujet de la question de savoir s'il existait une preuve permettant de conclure que l'appellant était complice des activités d'une organisation dont la seule raison d'être était de perpétrer des actes de brutalité — La décision du GC ne pouvait pas être complétée par celle du juge saisi en révision — La décision du GC ne renfermait pas les conclusions appropriées et elle n'était donc pas raisonnable — Appel accueilli.

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle un juge de la Cour fédérale (le juge saisi en révision) avait rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par M. Oberlander à

Council's decision to revoke his citizenship. Mr. Oberlander immigrated to Canada in 1954 and became a citizen in 1960. In 1995, pursuant to subsection 18(1) of the *Citizenship Act*, the Minister of Citizenship and Immigration (the Minister) gave notice of her intention to make a report to the Governor in Council recommending that Mr. Oberlander's citizenship be revoked. The notice alleged that Mr. Oberlander had been admitted to Canada as a permanent resident and ultimately obtained Canadian citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances, "in that [he] failed to divulge to Canadian immigration and citizenship officials [his] membership in the German *Sicherheitspolizei und SD* and *Einsatzkommando 10A* (EK 10a) during the Second World War and his participation in the executions of civilians during that period of time". In accordance with paragraph 18(1)(b) of the Act, Mr. Oberlander requested that the Minister refer his case to the Federal Court to determine whether he obtained citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances. The reference was heard by MacKay J. (the reference Judge) in 1998. He concluded, in February 2000, that Mr. Oberlander had been admitted to Canada "on the basis of a visa obtained by reason of false representation or by knowingly concealing material circumstances". However, he also noted that the Minister's summary of facts and evidence "[did] not include any reference to personal commission by [Mr. Oberlander] of atrocities or war crimes". In March 2000, the Minister invited Mr. Oberlander to make written submissions as to why revocation should not proceed and on May 11, 2000, submissions were filed on behalf of Mr. Oberlander. On April 30, 2001, the Minister sent to Mr. Oberlander the text of the report she intended to submit to the Governor in Council and invited him to make further submissions, which he did file on May 24 and 29, 2001. On July 4, 2001, the Minister informed Mr. Oberlander that she had sent a formal Report to the Governor in Council recommending the revocation of his Canadian citizenship. The Minister did not prepare a new report to take into account the new submissions; she simply attached to her report, without comment, the newly filed submissions. On July 12, 2001, the Governor in Council revoked Mr. Oberlander's citizenship. Mr. Oberlander brought an application for judicial review of this decision. The reviewing Judge held that given that Mr. Oberlander was an interpreter for an extended period of time with EK 10a, a mobile killing squad, it was reasonably open to the Governor in Council to consider that Mr. Oberlander was complicit in the squad's activities as a support person and information provider. The reviewing Judge accordingly found that Mr. Oberlander fell squarely within the ambit of the government's policy guidelines, which state that the government will only pursue citizenship revocation where a person was directly involved in or complicit in the commission of war crimes or crimes against humanity. This decision was the subject of the

l'encontre de la décision du gouverneur en conseil d'annuler sa citoyenneté. M. Oberlander avait immigré au Canada en 1954 et avait obtenu la citoyenneté en 1960. En 1995, conformément au paragraphe 18(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, la ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (la ministre) avait donné un avis de son intention de faire rapport au gouverneur en conseil et de recommander l'annulation de la citoyenneté de M. Oberlander. Dans l'avis, il était allégué que M. Oberlander avait été admis au Canada à titre de résident permanent et qu'il avait finalement acquis la citoyenneté canadienne par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels «en ce sens [qu'il] n'a[vait] pas divulgué aux fonctionnaires canadiens de l'Immigration et de la Citoyenneté [son] appartenance à la *Sicherheitspolizei und SD* et au *Einsatzkommando 10A* (l'unité EK 10a) allemands pendant la Deuxième Guerre mondiale ainsi que sa participation aux exécutions de civils durant cette période». Conformément à l'alinéa 18(1)(b) de la Loi, M. Oberlander a demandé à la ministre de renvoyer l'affaire à la Cour fédérale pour qu'elle détermine s'il avait acquis la citoyenneté par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels. Le renvoi a été entendu par le juge MacKay (le juge chargé du renvoi) en 1998. Au mois de février 2000, le juge a conclu que M. Oberlander avait été admis au Canada «en raison d'un visa obtenu par fausse déclaration ou par la dissimulation intentionnelle de faits essentiels». Toutefois, il a également fait remarquer que le résumé des faits et de la preuve de la ministre «ne fai[sait] pas mention que [M. Oberlander] aurait commis des atrocités ou des crimes de guerre». Au mois de mars 2000, la ministre a invité M. Oberlander à soumettre des observations écrites au sujet de la raison pour laquelle la citoyenneté ne devait pas être annulée et, le 11 mai 2000, des observations ont été déposées pour le compte de M. Oberlander. Le 30 avril 2001, la ministre a envoyé à M. Oberlander le texte du rapport qu'elle avait l'intention de soumettre au gouverneur en conseil et l'a invité à soumettre des observations additionnelles; ces observations ont été déposées les 24 et 29 mai 2001. Le 4 juillet 2001, la ministre a informé M. Oberlander qu'elle avait envoyé au gouverneur en conseil un rapport officiel dans lequel elle recommandait l'annulation de sa citoyenneté canadienne. La ministre n'a pas préparé un nouveau rapport, de façon qu'il soit tenu compte des nouvelles observations; elle a simplement joint à son rapport, sans commentaires, les observations qui venaient d'être déposées. Le 12 juillet 2001, le gouverneur en conseil a annulé la citoyenneté de M. Oberlander. M. Oberlander a présenté une demande de contrôle judiciaire de cette décision. Le juge saisi en révision a statué qu'étant donné que M. Oberlander avait été, pendant une longue période, interprète au sein de l'unité EK 10a, un escadron mobile de la mort, il était avec raison loisible au gouverneur en conseil de considérer que M. Oberlander était complice des activités de

present appeal. The issues were: (1) whether the Governor in Council had a duty to provide reasons and if it did, whether the Order in Council and the Report of the Minister constitute the reasons of the Governor in Council; and (2) the standard of review of the Governor in Council's decision and whether that decision could withstand scrutiny based on that standard of review.

Held, the appeal should be allowed.

(1) As the Trial Judge noted, “[w]here a decision is specifically based on the grounds set out in the Minister’s report, and there is no evidence otherwise, the reasons for the determination of the Governor General in Council are those of the Minister”. Section 10 of the *Citizenship Act* requires the Minister to prepare “a report”. As no mandatory formula is imposed, a wide latitude should be given to the Minister. The reviewing Judge was correct in finding that the Report of the Minister was part of the reasons of the Governor in Council.

(2) The reference Judge’s findings of fact are final and non-reviewable. It is therefore undisputable that Mr. Oberlander falsely represented his background or knowingly concealed material circumstances when interviewed by a security officer and was granted citizenship based on a false representation. The only question was whether the Governor in Council’s power to revoke Mr. Oberlander’s citizenship was exercised in a reviewable way in the circumstances of this case. The Attorney General acknowledged that “[w]hen considering a report by the Minister to revoke a person’s citizenship, the Governor in Council must be satisfied that the statutory criteria for revocation have been met. In addition, the Governor in Council may engage in a delicate balancing of the individual’s personal interests, the public interest, as well as a consideration of any relevant program policy objectives”. The statutory criteria were met in this case. It was the balancing of interests, or lack thereof, which the appellant attacked. The relevant government policy was with respect to revocation of citizenship of war criminals. Because the Governor in Council opted to adopt guidelines and to apply them to the case, it had to put its mind to determining whether Mr. Oberlander came within their scope. The standard of review for this determination is reasonableness *simpliciter*. With respect to the weighing of personal and public interests, the standard of review is patent unreasonableness. The reviewing Judge was clearly wrong in finding that Mr. Oberlander’s interests were

l’escadron en sa qualité de membre du personnel de soutien et de fournisseur d’information. Le juge saisi en révision a donc conclu que les lignes directrices du gouvernement, prévoyant que le gouvernement ne demande l’annulation de la citoyenneté que si la personne en cause a contribué directement à la perpétration de crimes de guerre ou de crimes contre l’humanité ou a été complice de pareils crimes, s’appliquaient clairement à M. Oberlander. Cette décision faisait l’objet du présent appel. Il s’agissait de savoir: 1) si le gouverneur en conseil était tenu de fournir des motifs et, dans l’affirmative, si le décret et le rapport de la ministre constituaient les motifs du gouverneur en conseil; 2) quelle était la norme de contrôle à appliquer à la décision du gouverneur en conseil et si cette décision résistait à un examen fondé sur cette norme.

Arrêt: l’appel est accueilli.

1) Comme le juge de première instance l’a fait remarquer, «[I]orsqu’une décision est prise précisément en fonction des motifs énoncés dans le rapport du ministre et qu’il n’existe pas d’éléments de preuve contraires, les motifs de décision du gouverneur général en conseil sont ceux du ministre». L’article 10 de la *Loi sur la citoyenneté* exige que la ministre prépare «un rapport». En l’absence d’une formule obligatoire, il faut donner une grande latitude à la ministre. Le juge saisi en révision a eu raison de conclure que le rapport de la ministre faisait partie des motifs du gouverneur en conseil.

2) Les conclusions de fait tirées par le juge chargé du renvoi sont définitives et non susceptibles d’examen. Il est donc incontestable que M. Oberlander a fait une fausse déclaration quant à ses antécédents ou qu’il a dissimulé intentionnellement des faits essentiels lors de son entrevue avec un agent de sécurité et qu’il a acquis la citoyenneté par de fausses déclarations. Il s’agissait uniquement de savoir si le gouverneur en conseil avait exercé son pouvoir d’annuler la citoyenneté de M. Oberlander d’une façon qui pouvait donner lieu à un examen eu égard aux circonstances de l’espèce. Le procureur général a reconnu que [TRADUCTION] «[I]orsqu’il examine un rapport de la ministre visant à annuler la citoyenneté d’un individu, le gouverneur en conseil doit être convaincu qu’il a été satisfait aux critères législatifs applicables à l’annulation. De plus, le gouverneur en conseil peut entreprendre la tâche délicate de soupeser les intérêts personnels de l’individu et l’intérêt public et il peut tenir compte de tout objectif pertinent d’un programme». En l’espèce, il a été satisfait aux critères législatifs. L’appellant a contesté le fait que les intérêts n’ont pas été soupesés, ou s’ils l’ont été, la façon dont ils l’ont été. La politique gouvernementale pertinente se rapportait à l’annulation de la citoyenneté de criminels de guerre. Étant donné que le gouverneur en conseil avait décidé d’adopter des lignes directrices et de les appliquer, il devait décider si ces lignes directrices s’appliquaient à M. Oberlander. La norme de

“peripheral elements” and there did not seem to be any evidence or indication that they were considered at all. Where the personal interests considerations are so overwhelmingly favourable to the person concerned as they were here—50 years of irreproachable life in Canada—one should expect the decision-maker to at least formally recognize the existence of those interests. It was apparent on the face of the record that there was no balancing of the personal interests of Mr. Oberlander and of the public interest. The decision in that regard was patently unreasonable. As to whether Mr. Oberlander was a war criminal within the ambit of the war criminals policy, in face of the express finding by the reference Judge that no evidence was presented about any personal involvement of Mr. Oberlander in war crimes, one would expect the Governor in Council to explain why a policy which applied only to suspected war criminals applied to someone who served only as an interpreter in the German army. The Governor in Council could not reasonably come to the conclusion that the policy applied to Mr. Oberlander without first forming an opinion as to whether there was evidence permitting a finding that Mr. Oberlander could be suspected of being complicit in the activities of an organization with a single, brutal purpose. The reviewing Judge took upon himself to decide what the Governor in Council had omitted to examine and decide, that EK 10a was an organization with a single, brutal purpose and that Mr. Oberlander was complicit in the organization’s activities. The decision of the Governor in Council in that regard could not be supplemented by that of the reviewing Judge. Thus, the decision of the Governor in Council was not reasonable as it failed to make the appropriate findings and relate them to the person whose citizenship was at issue.

contrôle applicable à cette décision est celle de la décision raisonnable *simpliciter*, alors que soupeser des intérêts personnels et des intérêts publics entraîne la norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable. Le juge saisi en révision a clairement eu tort de conclure que les intérêts de M. Oberlander étaient des «éléments secondaires» et il ne semblait y avoir aucun élément de preuve ni aucune indication montrant qu’il avait été tenu compte de ces intérêts. Lorsque les considérations liées aux intérêts personnels sont fortement favorables à la personne concernée, comme c’était ici le cas—M. Oberlander ayant vécu d’une façon irréprochable au Canada pendant 50 ans—on devrait s’attendre à ce que le décideur reconnaisse du moins formellement l’existence de ces intérêts. Il était apparent au vu du dossier que les intérêts personnels de M. Oberlander et l’intérêt public n’avaient pas été soupesés. La décision sur ce point était manifestement déraisonnable. Quant à la question de savoir si M. Oberlander était un criminel de guerre visé par la politique sur les criminels de guerre, étant donné la conclusion expresse tirée par le juge chargé du renvoi, à savoir qu’aucun élément de preuve n’avait été présenté au sujet de la participation personnelle de M. Oberlander à des crimes de guerre, on s’attendrait à ce que le gouverneur en conseil explique pourquoi une politique qui s’appliquait uniquement aux individus soupçonnés d’avoir commis des crimes de guerre s’appliquait à quelqu’un qui avait uniquement agi à titre d’interprète dans l’armée allemande. Le gouverneur en conseil ne pouvait pas raisonnablement conclure que la politique s’appliquait à M. Oberlander sans d’abord se faire une opinion au sujet de la question de savoir s’il existait une preuve permettant de conclure que M. Oberlander pouvait être soupçonné d’avoir été complice des activités d’une organisation dont la seule raison d’être était de perpétrer des actes de brutalité. Le juge saisi en révision s’est chargé de décider ce que le gouverneur en conseil avait omis d’examiner et de décider, à savoir que l’unité EK 10a était une organisation dont la seule raison d’être était de perpétrer des actes de brutalité et que M. Oberlander avait été complice des activités de l’organisation. La décision du gouverneur en conseil sur ce point ne pouvait pas être complétée par celle du juge saisi en révision. Par conséquent, la décision du gouverneur en conseil n’était pas raisonnable puisqu’elle ne renfermait pas les conclusions appropriées et qu’elle n’établissait pas de lien entre les conclusions tirées et la personne dont la citoyenneté était en cause.

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].

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].

Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 10, 18(1).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 920.
 Order in Council P.C. 2001-1227.

Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 10, 18(1).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 920.
 Décret C.P. 2001-1227.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

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), 112 Admin. L.R. (3d) 130.

CONSIDERED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Oberlander, [2000] F.C.J. No. 229 (T.D.) (QL); *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; *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; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281; (2001), 200 D.L.R. (4th) 193; 36 Admin. L.R. (3d) 71; 271 N.R. 104.

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 219 Sask. R. 1; *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [2001] 1 S.C.R. 221; (2001), 194 D.L.R. (4th) 385; 26 Admin. L.R. (3d) 171; 265 N.R. 2; 140 O.A.C. 201; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106; (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; 46 N.R. 91.

AUTHORS CITED

Canada. Citizenship and Immigration. *Canada's War Crimes Program. Annual Report 2000-2001*.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

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), 112 Admin. L.R. (3d) 130.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Oberlander, [2000] A.C.F. n° 229 (1^{re} inst.) (QL); *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; *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; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281; (2001), 200 D.L.R. (4th) 193; 36 Admin. L.R. (3d) 71; 271 N.R. 104.

DÉCISIONS CITÉES:

Housen c. Nikolaisen, [2002] 2 R.C.S. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 219 Sask. R. 1; *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [2001] 1 R.C.S. 221; (2001), 194 D.L.R. (4th) 385; 26 Admin. L.R. (3d) 171; 265 N.R. 2; 140 O.A.C. 201; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106; (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; 46 N.R. 91.

DOCTRINE

Canada. Citoyenneté et Immigration. *Programme canadien sur les crimes de guerre. Rapport annuel 2000-2001*.

APPEAL from a decision of the Federal Court (*Oberlander v. Canada (Attorney General)* (2003), 238 F.T.R. 35) dismissing the appellant's application for judicial review of the Governor in Council's decision to revoke his citizenship. Appeal allowed.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (*Oberlander c. Canada (Procureur général)* (2003), 238 F.T.R. 35) rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelant à l'encontre de la décision du gouverneur en conseil d'annuler sa citoyenneté. Appel accueilli.

APPEARANCES:

Barbara L. Jackman and *Eric Hafemann* for appellant.
Peter A. Vita, Q.C. and *Neeta Logsetty* for respondent.

ONT COMPARU:

Barbara L. Jackman et *Eric Hafemann* pour l'appelant.
Peter A. Vita, c.r. et *Neeta Logsetty* pour l'intimé.

SOLICITORS OF RECORD:

Barbara L. Jackman, Toronto, and *Eric Hafemann*, Waterloo, Ontario, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Barbara L. Jackman, Toronto, et *Eric Hafemann*, Waterloo, Ontario, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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 is an appeal from the decision of a Judge of the Federal Court dismissing Mr. Oberlander's application for judicial review of the Governor in Council's decision to revoke his citizenship. The latter was revoked on the grounds that Mr. Oberlander had obtained it by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances, namely the fact that he was a member of the German *Einsatzkommando 10A* (EK 10a) during World War II. The decision is reported at (2003), 238 F.T.R. 35 (F.C.T.D.).

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Il s'agit d'un appel de la décision par laquelle un juge de la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par M. Oberlander à l'encontre de la décision du gouverneur en conseil d'annuler sa citoyenneté. La citoyenneté a été annulée pour le motif que M. Oberlander l'avait acquise par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels, à savoir en dissimulant le fait qu'il était membre du *Einsatzkommando 10A* allemand (l'unité Ek 10a), pendant la Seconde Guerre mondiale. La décision est publiée à (2003), 238 F.T.R. 35 (C.F. 1^{re} inst.).

[2] Mr. Oberlander challenges the Governor in Council's decision on both procedural fairness and substantive grounds. With respect to procedural fairness, he argues that the Governor in Council did not fulfill its duty to provide reasons for the decision to revoke his citizenship. Substantively, he says the Governor in Council's decision was unreasonable and must be set aside on the ground that it failed to consider relevant factors, such as government policy and Mr. Oberlander's personal circumstances.

[2] M. Oberlander conteste la décision du gouverneur en conseil en invoquant l'équité procédurale et des motifs de fond. En ce qui concerne l'équité procédurale, il soutient que le gouverneur en conseil ne s'est pas acquitté de son obligation de motiver sa décision d'annuler sa citoyenneté. Il est fondamentalement affirmé que la décision du gouverneur en conseil était déraisonnable et qu'elle doit être annulée pour le motif qu'il n'était pas tenu compte de facteurs pertinents, comme la politique gouvernementale et la situation personnelle de M. Oberlander.

Facts

[3] I need only summarize here the most salient circumstances of Mr. Oberlander's case as an extensive review of the whole circumstances has been made in a decision rendered by Mr. Justice MacKay which can be found at [2000] F.C.J. No. 229 (T.D.) (QL).

[4] Mr. Oberlander was born in the Ukraine in 1924. He immigrated to Canada with his wife on May 13, 1954. They became citizens on April 12, 1960. They have two daughters, one of whom suffers from a mental illness and is dependent on her parents.

[5] On January 27, 1995, pursuant to subsection 18(1) of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 (the Act), the Minister of Citizenship and Immigration (the Minister) gave notice of her intention to make a report to the Governor in Council recommending that Mr. Oberlander's citizenship be revoked. The notice alleged that Mr. Oberlander had been admitted to Canada as a permanent resident and ultimately obtained Canadian citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances, "in that [he] failed to divulge to Canadian immigration and citizenship officials [his] membership in the German *Sicherheitspolizei und SD* and *Einsatzkommando 10A* (EK 10a) during the Second World War and his participation in the executions of civilians during that period of time" (A.B., Vol. 2, at page 222).

[6] In accordance with paragraph 18(1)(b) of the Act, Mr. Oberlander requested that the Minister refer his case to the Federal Court to determine whether he obtained citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances. On May 10, 1995, the Minister, in accord with Rule 920 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663], served and filed a summary of facts and evidence on which the Minister intended to rely in these proceedings (A.B., Vol. 2, at page 228 ff).

[7] The reference was heard by Mr. Justice MacKay in August, September and December 1998. In his reasons

Les faits

[3] Je n'ai qu'à résumer les faits saillants étant donné qu'un examen détaillé de toutes les circonstances a été fait dans la décision rendue par le juge MacKay, publiée à [2000] A.C.F. n° 229 (1^{re} inst.) (QL).

[4] M. Oberlander est né en Ukraine en 1924. Il a immigré au Canada avec sa conjointe le 13 mai 1954. Ils sont devenus citoyens canadiens le 12 avril 1960. Ils ont deux filles, dont l'une est atteinte d'une maladie mentale et est à leur charge.

[5] Le 27 janvier 1995, conformément au paragraphe 18(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 (la Loi), la ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (la ministre) a donné un avis de son intention de faire rapport au gouverneur en conseil et de recommander l'annulation de la citoyenneté de M. Oberlander. Dans l'avis, il était allégué que M. Oberlander avait été admis au Canada à titre de résident permanent et qu'il avait finalement acquis la citoyenneté canadienne par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels, [TRADUCTION] «en ce sens [qu'il] n'a[va]it pas divulgué aux fonctionnaires canadiens de l'Immigration et de la Citoyenneté son appartenance à la *Sicherheitspolizei und SD* et au *Einsatzkommando 10A* (l'unité Ek 10a) allemands pendant la Deuxième Guerre mondiale ainsi que sa participation aux exécutions de civils durant cette période» (D.A., vol. 2, à la page 222).

[6] Conformément à l'alinéa 18(1)(b) de la Loi, M. Oberlander a demandé à la ministre de renvoyer l'affaire à la Cour fédérale pour qu'elle détermine s'il avait acquis la citoyenneté par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels. Le 10 mai 1995, conformément à la règle 920 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663], la ministre a signifié et déposé un résumé des faits et de la preuve sur lesquels elle entendait se fonder dans la présente instance (D.A., vol. 2, aux pages 228 et suivantes).

[7] Le renvoi a été entendu par le juge MacKay aux mois d'août, de septembre et de décembre 1998. Dans

dated February 28, 2000, he notes at the outset [at paragraphs 11-13]:

The applicant does allege, as the basis for her concern, in the Notice of Revocation, that material circumstances were concealed by the respondent's failure "to divulge to Canadian immigration and citizenship officials your membership in the German Sicherheitspolizei und SD and Einsatzkommando 10A during the Second World War and your participation in the executions of civilians during that period of time". The portion of that allegation concerning the respondent's "participation in the execution of civilians", is not reflected in any of the facts alleged in the Minister's Summary of Facts and Evidence.

That Summary, which must be taken to include all of the facts the applicant hopes to establish by evidence in this case, does not include any reference to personal commission by the respondent of atrocities or war crimes or his personal involvement in "the execution of civilians" or in criminal activities. Nor does it include any reference to his involvement in aiding and abetting others in the commission of criminal activities, in any sense comparable to "aiding and abetting" as those terms are used in s. 21 of the Criminal Code for [sic] Canada, R.S.C. 1985, c. C-46. Thus, in my view the Minister does not seek to establish by evidence that Mr. Oberlander was personally involved in the commission of atrocities or war crimes or criminal activities, or in aiding and abetting, in any criminal sense, others engaged in criminal activities. I affirm for the record that no evidence was presented to the Court about any personal involvement of the respondent in criminal activities or war crimes.

The Minister's Summary of Facts and Evidence does include reference to allegations that the respondent joined the Sicherheitspolizei und SD and Einsatzkommando 10A ("Ek 10a") in or about October 1941, that he served with it in German-occupied eastern territories from 1941 to 1943 or 1944, and during that time the unit he served with was involved in criminal killing of civilians. This is the basis of the Minister's concern about false representation, or fraud or failing to disclose material circumstances, that is, Mr. Oberlander's association with a certain German police unit that participated in criminal killing of civilians in World War II. That association is specified as "membership", in the Notice of Revocation and as repeated in the Minister's Summary of Facts and Evidence, in S.S. organizations and in a unit, Ek 10a, known to have been engaged in criminal killing activity. [Footnote omitted.]

ses motifs en date du 28 février 2000, le juge fait remarquer ce qui suit [aux paragraphes 11 à 13]:

Dans l'Avis de révocation, le demandeur allègue que ses préoccupations portent sur le fait que des faits essentiels auraient été dissimulés par l'omission du défendeur de [TRADUCTION] "divulguer aux fonctionnaires canadiens de l'Immigration et de la Citoyenneté son appartenance à la Sicherheitspolizei und SD et au Einsatzkommando 10A allemands durant la Deuxième Guerre mondiale ainsi que sa participation aux exécutions de civils durant cette période". La partie de cette allégation qui porte sur la "participation [du défendeur] aux exécutions de civils" n'est pas reprise dans les faits allégués par le ministre dans son résumé des faits et de la preuve.

Ce résumé, qui doit comprendre tous les faits que le demandeur veut prouver en l'instance, ne fait pas mention que le défendeur aurait commis des atrocités ou des crimes de guerre, non plus qu'il aurait été impliqué personnellement dans des "exécutions de civils" ou autre activité criminelle. Il ne fait pas non plus mention que ce dernier aurait aidé ou encouragé d'autres personnes dans ces activités criminelles, d'une façon qui se comparerait au sens donné aux termes "aider et encourager" par l'article 21 du Code criminel du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46. Je suis donc d'avis que le ministre ne cherche pas à prouver que M. Oberlander était impliqué personnellement dans la perpétration d'atrocités, de crimes de guerre ou d'activités criminelles, ou qu'il ait aidé ou encouragé, au sens du droit criminel, d'autres personnes qui s'y sont livrées. Je confirme pour le dossier qu'aucune preuve n'a été présentée à la Cour au sujet d'une implication personnelle du défendeur dans des activités criminelles ou dans des crimes de guerre.

Le résumé des faits et de la preuve présenté par le ministre renvoie toutefois aux allégations suivantes: que le défendeur a rejoint la Sicherheitspolizei und SD et l'Einsatzkommando 10A (Ek 10a) en octobre 1941 ou vers cette date, qu'il a servi au sein de ces unités dans les territoires de l'Est occupés par les Allemands de 1941 à 1943 ou 1944, et que, lors de cette période, l'unité où il servait a participé à l'assassinat de civils. C'est sur cette base que le ministre soulève la question de la fraude ou de la fausse déclaration, ainsi que celle de la dissimulation de faits essentiels, savoir que M. Oberlander a été associé à une unité de la police allemande qui a participé à l'assassinat de civils au cours de la Deuxième Guerre mondiale. Dans l'Avis de révocation, ainsi que dans le résumé des faits et de la preuve du ministre, cette association est décrite comme celle de «membre» d'une organisation de SS et de l'unité Ek 10a. Il est de notoriété publique que cette organisation se livrait à des exécutions criminelles. [Renvoi omis.]

He also observes, at paragraph 46, that auxiliary interpreters such as Mr. Oberlander were not present when Jews were being marched or trucked off or slaughtered.

[8] MacKay J. found that the evidence with respect to the conscription or non-conscription of Mr. Oberlander in the German army was “not consistent” (paragraph 20), and he expressed the view that the “differences about the timing and the circumstances of [Mr. Oberlander’s] commencing service as an interpreter are not significant for the ultimate issue” (paragraph 24). However, in “a summary of [his] findings of fact on the evidence . . . adduced” (paragraph 188), he finds the following at paragraphs 190 and 191:

In 1941, at 17 years of age, he had completed secondary school and he was fluent in German and Russian. In September or the beginning of October when German troops arrived at Halbstadt, he and his family were freed from a holding camp where they had been detained by Russians. He was later directed to assist in registration of Volksdeutsch in the area and to assist in repairing buildings and roads in the town.

In October 1941, or as Mr. Oberlander states in February 1942, he was ordered by local authorities to report to German occupying forces to serve as an interpreter. He did so, he says, not voluntarily by free choice, but in fear of harm if he refused.

While MacKay J. did not find Mr. Oberlander credible on certain issues, he did not make any finding of non-credibility with respect to his claim that he had been conscripted.

[9] Mr. Justice MacKay eventually went on to find the following [at paragraphs 53-54 and 192-197]:

While he was not a member of the SS, or of its special security forces, the Sicherheitspolizei and SD, Mr. Oberlander was an interpreter, an auxiliary, serving the SD or others within a police unit, that is, Ek 10a, that was under the control of the SS. He says that he was not paid, but he was supplied a uniform by the summer of 1942, he lived, ate and travelled with the unit serving it and its members, even if that were by routine chores and as an interpreter. Whether he later served

Le juge fait également observer, au paragraphe 46, que des interprètes auxiliaires comme M. Oberlander n’étaient pas présents lorsque les Juifs étaient emmenés à pied ou en camion ou qu’ils étaient massacrés.

[8] Le juge MacKay a conclu que la preuve relative à la conscription ou à la non-conscription de M. Oberlander dans l’armée allemande n’était «pas cohérente» (paragraphe 20) et il a exprimé l’avis selon lequel les «divergences au sujet du début de son service en qualité d’interprète et des circonstances qui l’ont entouré n’ont pas d’impact important sur l’issue de la question» (paragraphe 24). Toutefois dans «l’exposé sommaire de [s]es conclusions de fait au vu de la preuve présentée» (paragraphe 188), le juge conclut ce qui suit aux paragraphes 190 et 191:

En 1941, à l’âge de 17 ans, il avait terminé l’école secondaire et il parlait couramment l’allemand et le russe. En septembre, ou au début d’octobre, les troupes allemandes sont arrivées à Halbstadt et l’ont libéré, lui et sa famille, d’un camp où les Russes les retenaient. Par la suite, on lui a intimé l’ordre d’apporter son aide à l’enregistrement des Volksdeutsche de la région ainsi que de participer à la réparation des immeubles et des routes de la ville.

En octobre 1941, ou en février 1942 aux dires de M. Oberlander, les autorités locales lui ont ordonné de se rapporter aux forces allemandes d’occupation en qualité d’interprète. C’est ce qu’il a fait, mais il déclare que ce n’était pas volontairement ou par libre choix, mais bien par peur de représailles s’il refusait.

Le juge MacKay a conclu que M. Oberlander n’était pas crédible sur certains points, mais il n’a pas tiré de conclusion de non-crédibilité au sujet de l’allégation selon laquelle il était un conscrit.

[9] Le juge MacKay a en fin de compte tiré les conclusions suivantes [aux paragraphes 53, 54 et 192 à 197]:

Bien qu’il n’ait pas été un membre des SS, ou de ses unités spéciales de sécurité comme la Sicherheitspolizei und SD, M. Oberlander était un interprète, un auxiliaire de la SD ou d’autres unités de police, notamment l’unité Ek 10a, qui étaient sous le contrôle des SS. Il déclare n’avoir reçu aucun salaire, mais on lui a fourni un uniforme dès l’été de 1942. Il vivait, mangeait et voyageait avec l’unité et était au service de ses membres, même s’il s’agissait de tâches de routine ou d’un

with other Einsatzkommando units, as was suggested from reference to his field post number appearing in the 1944 naturalization documents from Litzmannstadt, need not be determined. The evidence and his description of his role as an interpreter does not include any activity directly involved with Ek 10a's worst and most heinous operations. In his testimony Mr. Oberlander denied that he was ever a member of the SS, that he ever participated in execution of civilians or anyone, or that he assisted in such activity or that he was even present at executions or deportations. Yet Mr. Oberlander, by his testimony, acknowledges that he served as an interpreter with the SD, that the police unit was referred to as SD, and that after serving for some time he did know of its executions of civilians and others. He knew also its "re-settlement" practice for Jews, though he professes not to have understood the meaning of the latter as executions, until later, at Krasnodar. In all the circumstances, it is not plausible that he remained ignorant of the executions of Jews and others, as a major activity of the men with whom he served, until he was in Krasnodar.

In my opinion, the circumstances preclude any conclusion other than that Mr. Oberlander was a member of Ek 10a in any reasonable interpretation of the word "member". While there were formal requirements for membership in the SS, in the Sicherheitspolizei, and in the SD, there is no evidence of any such requirement for membership in Ek 10a, whether in its police elements or its auxiliaries, except selection to serve its purposes. Mr. Oberlander was selected, he served as an auxiliary with the unit and he lived and travelled with men of the unit. Its purposes he served, even if that service were not willingly given. Ek 10a, a police formation, was a unit under direction of the SS, from Berlin. Throughout his testimony he referred to the group he served with as "the unit". I find that while serving he belonged with the Ek 10a unit as a member. That is among allegations of the Minister in the Notice of Revocation and in the Summary of Facts and Evidence presented by the Minister in May 1995, which outlined the case upon which the notice was based.

...

He was assigned to Einsatzkommando 10a ("Ek 10a"), sometimes also known as Sonderkommando 10a, a German police unit of the Sicherheitspolizei (Sipo) and Sicherheitsdienst (SD). Both those organizations were security police forces of the Schutzstaffel (SS), which directed their operations from Berlin. The kommando unit included some members from other German police forces and a number of auxiliary personnel, including interpreters, drivers, and guards,

travail d'interprète. Il n'est pas nécessaire de décider s'il a travaillé par la suite pour d'autres unités de Einsatzkommando, comme on pourrait l'extrapoler du fait que son numéro de poste est noté dans la documentation relative à sa naturalisation à Litzmannstadt en 1944. La preuve, ainsi que la description de son rôle comme interprète, ne fait état d'aucune participation directe aux atrocités commises par l'unité Ek 10a. Dans son témoignage, M. Oberlander déclare n'avoir jamais été membre des SS, ou participé à l'exécution de civils ou de qui que ce soit, ni été présent ou avoir accordé son aide lors des exécutions ou des envois en déportation. Toutefois, M. Oberlander admet dans son témoignage qu'il a servi d'interprète à la SD, que l'unité de police était connue sous le nom de SD, et qu'après un certain temps à son service il était au courant du fait qu'elle se livrait à l'exécution de civils et d'autres personnes. Il était au courant des pratiques de «relocalisation» de Juifs, même s'il déclare n'avoir compris que plus tard, à Krasnodar, qu'il s'agissait d'exécutions. Dans les circonstances, il n'est pas plausible qu'il soit demeuré ignorant des exécutions de Juifs et d'autres personnes, une des activités les plus importantes de l'unité dans laquelle il servait, avant d'arriver à Krasnodar.

À mon avis, dans les circonstances on peut uniquement conclure que M. Oberlander était un «membre» de l'unité Ek 10a, au sens qu'on peut raisonnablement donner à ce terme. Bien qu'il y ait eu des exigences formelles pour être membre des SS, de la Sicherheitspolizei et de la SD, il n'existe aucune preuve que de telles exigences aient été imposées pour obtenir le statut de membre dans l'unité Ek 10a, en tant que policier ou auxiliaire, la sélection n'étant subordonnée qu'à l'atteinte des objectifs. M. Oberlander a été choisi, il a servi comme auxiliaire dans l'unité, et il a vécu et voyagé avec les membres de l'unité. Il a servi l'atteinte de ses objectifs, même si ce service n'était pas donné volontairement. L'unité Ek 10a, une unité de police, était un groupe qui prenait ses directives des SS à Berlin. Durant tout son témoignage, il a parlé de ce groupe en utilisant le terme «l'unité». Je conclus qu'il a servi l'unité Ek 10a en tant que membre. C'est là une des allégations du ministre dans l'Avis de révocation et dans le résumé des faits et de la preuve présenté en mai 1995, où l'on trouve les éléments sur lesquels l'avis était fondé.

[. . .]

Il a été affecté à l'Einsatzkommando 10a (Ek 10a), connu aussi sous le nom de Sonderkommando 10a, une unité de police allemande faisant partie de la Sicherheitspolizei (Sipo) et de la Sicherheitsdienst (SD). Ces deux organisations jouaient le rôle de police de sécurité pour les Schutzstaffel (SS), qui contrôlaient leurs opérations à partir de Berlin. Cette unité de kommando comprenait des membres qui venaient d'autres services de police allemands, ainsi que du personnel

from among Volksdeutsch or Russian prisoners of war.

Ek 10a was one of the squads of Einsatzgruppe D ("EG D"), which in turn was one of four Einsatzgruppen, designated A, B, C and D. These were special police task forces operating behind the German army's front line in the eastern occupied territories in the years 1941-1944, to further the objectives of Nazi Germany. Among their roles they operated as mobile killing units and it is estimated that the Einsatzgruppen and the Security Police were responsible for the execution of more than two million people, mostly civilians, primarily Jews and communists, and also Gypsies, handicapped and others considered unacceptable for Nazi Germany's interests. The SS and the SD, largely because of their activities in eastern occupied territories, were declared to be criminal organizations in 1946, by decision of the International Military Tribunal and Article II of Control Council Law No. 10. In subsequent trials before the Nuremberg Military Tribunals in 1949 the former commander of EG D, Ohlendorf, was convicted of war crimes, crimes against humanity, and membership in a criminal organization, the SS.

The respondent was not a member of the SD or Sipo, though he wore the uniform of the SD from the summer of 1942 until Ek 10a was merged with army units in late 1943 or 1944. In some documents of that era Mr. Oberlander is described as "SS-mann", but that description and the uniform are not determinative of formal membership in the SD or the SS. German citizenship requirements precluded membership in the SD or Sipo.

He was, however, a member of Ek 10a, as the applicant Minister alleged in the Notice of Revocation. He served as an auxiliary, as an interpreter for the SD, as he admits, from the time he was ordered to report until the remnants of that unit were absorbed in a regular army unit in late 1943 or 1944. He then continued, not as an interpreter, but as an infantryman.

With Ek 10a he was moved through eastern Ukraine to Melitopol, Mariapol, and Taganrog, thence to Rostov and south to Krasnodar and Novorossiysk. There the unit, and the respondent, were engaged in anti-partisan missions, as they later were in the Crimea and in Belarus, and as he was, still later, in Poland and Yugoslavia.

auxiliaire, notamment les interprètes, chauffeurs et gardiens, qui étaient recrutés parmi les Volksdeutsche ou les prisonniers de guerre russes.

L'unité Ek 10a était l'une des équipes de l'Einsatzgruppe D (EG D), qui faisait partie d'un des quatre Einsatzgruppen, désignés comme A, B, C et D. C'étaient des groupes opérationnels spéciaux de police qui opéraient derrière la ligne de front de l'armée allemande dans les territoires occupés de l'Est entre 1941 et 1944. Leur rôle était d'assurer la réalisation des objectifs de l'Allemagne nazie. Parmi leurs fonctions, ils servaient d'unités mobiles d'exécution. On estime que les Einsatzgruppen et la police de sécurité sont responsables de l'exécution de plus de deux millions de personnes, en majorité des civils. Il s'agissait surtout de Juifs et de communistes, mais il y avait aussi des Tsiganes, des personnes souffrant d'une incapacité et d'autres personnes dont l'existence était estimée être contraire aux intérêts de l'Allemagne. En 1946, en vertu d'une décision du Tribunal militaire international et de l'article II de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, les SS et la SD ont été déclarés être des organisations criminelles. Ceci tenait surtout à leurs activités dans les territoires occupés de l'Est. Dans des procès subséquents tenus en 1949 devant le Tribunal militaire de Nuremberg, l'ancien commandant de l'EG D, Ohlendorf, a été trouvé coupable de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité, et d'avoir été membre d'une organisation criminelle, les SS.

Le défendeur n'était pas membre de la SD ou Sipo, même s'il portait l'uniforme de la SD de l'été 1942 jusqu'à ce que l'unité Ek 10a soit fondue au sein d'une unité de l'armée vers la fin de 1943 ou en 1944. Certains documents de l'époque décrivent M. Oberlander comme un «SS-mann», mais cette description et l'uniforme qu'il portait n'indiquent pas nécessairement qu'il était membre de plein droit de la SD ou des SS. On ne pouvait être membre de la SD ou des Sipo à moins d'être citoyen allemand.

Toutefois, il était membre de l'unité Ek 10a, comme le ministre demandeur l'allègue dans son Avis de révocation. Il admet avoir servi à titre d'auxiliaire comme interprète pour la SD, du moment où on lui a ordonné de se présenter jusqu'au moment où ce qui restait de son unité a été absorbé dans une unité de l'armée régulière vers la fin de 1943 ou en 1944. Il a alors continué son service comme soldat, et non comme interprète.

Au sein de l'unité Ek 10a, il s'est déplacé à travers l'est de l'Ukraine jusqu'à Melitopol, Mariupol et Taganrog, pour ensuite se rendre à Rostov et au sud jusqu'à Krasnodar et Novorossiysk. Le défendeur et son unité ont alors participé à des missions contre les partisans, ce qu'ils ont aussi fait plus tard en Crimée et au Bélarus, ainsi que beaucoup plus tard en Pologne et en Yougoslavie.

There is no evidence that the respondent participated in any of the atrocities committed against civilians by Ek 10a. His testimony that he did not know the name of the unit until 1970 is not credible, i.e., it is not worthy of belief, nor is his claim that he only came to know of Ek 10a action against Jews, that is, their “resettlement”, which he learned meant execution, when he was at Krasnodar and Novorossiysk in the fall of 1942. [Footnotes omitted.]

[10] While finding that EK 10a had carried out substantial execution activities (paragraph 32), Mr. Justice MacKay made no finding as to whether EK 10a was an organization with one single, brutal purpose, e.g. a death squad, a finding which the reviewing Judge will take upon himself to make at paragraph 23 of his reasons. More on this later.

[11] In the end, Mr. Justice MacKay found “on the balance of probabilities that clearance [when entering Canada] would only have issued if Mr. Oberlander misrepresented or did not disclose his wartime experience with Ek 10a” (paragraph 210). As a result, Mr. Oberlander had been admitted to Canada in 1954 “on the basis of a visa obtained by reason of false representation or by knowingly concealing material circumstances” (paragraph 211). The Minister could therefore make a report under section 10, the condition set out in paragraph 18(1)(b) of the *Citizenship Act* having been met.

[12] The Minister, on March 6, 2000, invited Mr. Oberlander to make written submissions as to why revocation should not proceed (A.B., Vol. 1, at page 108).

[13] On May 11, 2000, Mr. Oberlander’s then solicitor, Mr. Hafemann, filed written submissions (A.B., Vol. 1, at page 70). These submissions, essentially, were directed at the findings of facts made by Mr. Justice MacKay. No submission was made with respect to the applicability to Mr. Oberlander of the government’s policy on revocation of citizenship of war criminals nor with respect to compassionate or humanitarian considerations.

Rien dans la preuve ne démontre que le défendeur aurait participé personnellement aux atrocités infligées aux civils par l’unité Ek 10a. Son témoignage portant qu’il ne connaissait pas le nom de son unité avant 1970 n’est pas crédible, c’est-à-dire qu’il n’est pas digne de foi, non plus que son affirmation qu’il a été mis au courant des actes commis contre les Juifs par l’unité Ek 10a, savoir leur «relocalisation», ce qu’il a appris vouloir dire exécution, seulement lorsqu’il était à Krasnodar et à Novorossiysk à l’automne de 1942. [Revois omis.]

[10] Tout en concluant que l’unité Ek 10a avait procédé à un grand nombre d’exécutions (paragraphe 32), le juge MacKay n’a pas tiré de conclusion au sujet de la question de savoir si l’unité Ek 10a était une organisation dont la raison d’être était de perpétrer des actes de brutalité, par exemple, des escadrons de la mort, une conclusion sur laquelle le juge saisi en révision s’est prononcé, au paragraphe 23 de ses motifs. Nous reviendrons plus loin sur ce point.

[11] En fin de compte, le juge MacKay a conclu que «[s]elon la prépondérance des probabilités [. . .] cette autorisation [lors de l’entrée au Canada] n’a pu être accordée à M. Oberlander que s’il n’a pas dit la vérité au sujet de son expérience durant la guerre au sein de l’unité Ek 10a, ou s’il n’en a pas parlé» (paragraphe 210). M. Oberlander avait donc été admis au Canada en 1954 «en raison d’un visa obtenu par fausse déclaration ou par la dissimulation intentionnelle de faits essentiels» (paragraphe 211). La ministre pouvait donc faire rapport en vertu de l’article 10, puisque la condition énoncée à l’alinéa 18(1)(b) de la *Loi sur la citoyenneté* était remplie.

[12] Le 6 mars 2000, la ministre a invité M. Oberlander à soumettre des observations écrites au sujet de la raison pour laquelle la citoyenneté ne devait pas être annulée (D.A., vol. 1, à la page 108).

[13] Le 11 mai 2000, la personne qui agissait alors comme avocat de M. Oberlander, M. Hafemann, a déposé des observations écrites (D.A., vol. 1, à la page 70). Ces observations se rapportaient essentiellement aux conclusions de fait tirées par le juge MacKay. Aucune observation n’a été faite au sujet de l’applicabilité à M. Oberlander de la politique gouvernementale relative à l’annulation de la citoyenneté des criminels de guerre ou au sujet des raisons d’ordre humanitaire.

[14] On April 30, 2001, the Minister sent to Mr. Oberlander the text of the report she intended to submit to the Governor in Council and invited him to make further submissions (A.B., Vol. 2, at page 353). The Minister informed him that “any such submission . . . will be attached to [her] report before it is presented to the Governor in Council.”

[15] On May 24, 2001, Mr. Hafemann, counsel for Mr. Oberlander, filed lengthy supplementary submissions which, in addition to repeated criticism of Mr. Justice MacKay’s findings, included submissions with respect to “humanitarian and other considerations” (A.B., Vol. 1, at page 130) and an express reference, in their conclusion, to the inapplicability to Mr. Oberlander of Canada’s War Crimes Program in view of the absence of any evidence against Mr. Oberlander “with respect to his involvement directly or indirectly in war crimes or crimes against humanity” (A.B., Vol. 1, at pages 134-135). Canada’s War Crimes Program is outlined at paragraph 28 of these reasons.

[16] On May 29, 2001, Mr. Hafemann filed submissions prepared by members of Mr. Oberlander’s family (A.B., Vol. 1, at page 159 ff). These submissions emphasized Mr. Oberlander’s reputation, life and work since his arrival in Canada, the needs of his family, especially of his daughter who was suffering from serious mental health problems due to a chemical brain imbalance, and community support as evidenced by a petition signed by over 12,000 persons.

[17] On July 4, 2001, the Minister informed Mr. Oberlander that she had sent a formal report to the Governor in Council recommending the revocation of his Canadian citizenship (A.B., Vol. 2, at page 354). Attached to the report were the submissions filed on May 11, 2000 as well as those filed on May 24 and 29, 2001. It appears from the arguments made at the hearing of the appeal that this final report was similar to the draft report sent to Mr. Oberlander on April 30, 2001, except

[14] Le 30 avril 2001, la ministre a envoyé à M. Oberlander le texte du rapport qu’elle avait l’intention de soumettre au gouverneur en conseil et a invité celui-ci à soumettre des observations additionnelles (D.A., vol. 2, à la page 353). La ministre a informé M. Oberlander que [TRADUCTION] «toute observation [. . .] sera[it] jointe à [s]on rapport avant qu’il soit présenté au gouverneur en conseil».

[15] Le 24 mai 2001, M. Hafemann, avocat de M. Oberlander, a déposé de longues observations complémentaires qui, en plus de critiquer à maintes reprises les conclusions tirées par le juge MacKay, comprenaient des observations relatives aux [TRADUCTION] «raisons d’ordre humanitaire» (D.A., vol. 1, à la page 130) et une mention expresse, dans les conclusions, de l’inapplicabilité à M. Oberlander du Programme canadien sur les crimes de guerre étant donné l’absence de tout élément de preuve à l’encontre de M. Oberlander [TRADUCTION] «au sujet de sa participation directe ou indirecte à des crimes de guerre ou à des crimes contre l’humanité» (D.A., vol. 1, aux pages 134 et 135). Le Programme canadien sur les crimes de guerres est expliqué au paragraphe 28 des présents motifs.

[16] Le 29 mai 2001, M. Hafemann a déposé des observations préparées par des membres de la famille de M. Oberlander (D.A., vol. 1, aux pages 159 et suivantes). Ces observations mettaient l’accent sur la réputation de M. Oberlander, sur sa vie et sur son travail depuis qu’il était arrivé au Canada, sur les besoins de sa famille, en particulier de sa fille qui était atteinte de graves problèmes de santé mentale attribuables à un déséquilibre chimique et sur le soutien de la collectivité, dont faisait foi une pétition signée par plus de 12 000 personnes.

[17] Le 4 juillet 2001, la ministre a informé M. Oberlander qu’elle avait envoyé au gouverneur en conseil un rapport officiel dans lequel elle recommandait l’annulation de sa citoyenneté canadienne (D.A., vol. 2, à la page 354). Au rapport étaient jointes les observations déposées le 11 mai 2000 ainsi que celles qui avaient été déposées les 24 et 29 mai 2001. Il ressort des arguments présentés à l’audition de l’appel que ce rapport final était semblable au projet de rapport envoyé

for the reference to, and inclusion of, the additional submissions filed on May 24 and 29, 2001. In other words, the Minister did not prepare a new report to take into account the new submissions; she simply attached to her report, without comment, the newly filed submissions.

[18] On July 12, 2001, the Governor in Council revoked Mr. Oberlander's citizenship by Order in Council P.C. 2001-1227 which reads as follows:

Whereas the Minister of Citizenship and Immigration has given the notice required under section 18 of the *Citizenship Act* to the person referred to in the annexed schedule of the Minister's intention to make a report under section 10 of the Act and that person has requested that the Minister refer the matter to the Federal Court of Canada—Trial Division (the "Court") and the Minister has referred the matter to the Court;

Whereas the Court has decided that that person was admitted to Canada for permanent residence in the circumstances described in subsection 10(2) of that Act, namely by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances, and, because of that admission, that person subsequently obtained Canadian citizenship;

Whereas the Court has decided that that person has obtained citizenship under that Act by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances;

Whereas the Governor in Council, on a report from the Minister of Citizenship and Immigration, is satisfied that the person referred to in the annexed schedule was admitted to Canada for permanent residence in the circumstances described in subsection 10(2) of the Act, namely by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances;

And whereas the Governor in Council, on a report from the Minister of Citizenship and Immigration, is satisfied that the person referred to in the annexed schedule has obtained citizenship under that Act by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances;

Therefore, Her Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Citizenship and Immigration, pursuant to section 10 of the *Citizenship Act*, hereby declares that the person referred to in the annexed

à M. Oberlander le 30 avril 2001, sauf pour la mention et l'inclusion des observations additionnelles déposées les 24 et 29 mai 2001. En d'autres termes, la ministre n'a pas préparé un nouveau rapport, de façon qu'il soit tenu compte des nouvelles observations; elle a simplement joint à son rapport, sans commentaires, les observations qui venaient d'être déposées.

[18] Le 12 juillet 2001, le gouverneur en conseil a annulé la citoyenneté de M. Oberlander par le décret C.P. 2001-1227, qui est ainsi libellé:

Attendu que la ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a donné l'avis exigé à l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté* à la personne mentionnée dans l'annexe ci-jointe concernant son intention d'établir le rapport visé à l'article 10 de la *Loi sur la citoyenneté*, que l'intéressé a demandé le renvoi de l'affaire devant la Cour et que la ministre a renvoyé l'affaire à la Cour fédérale (la «Cour»);

Attendu que la Cour a statué que l'intéressé a été admis au Canada à titre de résident permanent par l'un des trois moyens mentionnés au paragraphe 10(2) de la *Loi sur la citoyenneté*, soit la fraude, la fausse déclaration ou la dissimulation intentionnelle de faits essentiels et que, grâce à cette admission, il a subséquemment acquis la citoyenneté canadienne;

Attendu que la Cour a statué que l'intéressé a acquis la citoyenneté en application de la Loi par fausse déclaration, fraude ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels;

Attendu que le gouverneur en conseil peut, lorsqu'il est convaincu, sur rapport de la ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, que la personne mentionnée dans l'annexe ci-jointe a été admise au Canada à titre de résident permanent par l'un des moyens mentionnés au paragraphe 10(2) de la *Loi sur la citoyenneté*, savoir la fausse déclaration, la fraude ou la dissimulation intentionnelle de faits essentiels et que, grâce à cette admission, elle a par la suite acquis la citoyenneté canadienne;

Attendu que le gouverneur en conseil est convaincu, après avoir pris connaissance du rapport de la ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, que la personne mentionnée dans l'annexe ci-jointe a acquis la citoyenneté en application de la Loi par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels;

Son Excellence le gouverneur général en conseil, sur la recommandation de la ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, en application de l'article 10 de la *Loi sur la citoyenneté*, déclare par la présente que la personne visée à

schedule ceases to be a Canadian citizen as of the date of this Order.

[19] A new counsel, Ms. Jackman, and Mr. Hafemann then brought an application for judicial review of the Governor in Council's decision to revoke Mr. Oberlander's citizenship on the following grounds. First, the Governor in Council failed to provide adequate reasons for its decision. Second, the Governor in Council did not consider that it had the discretion to decline to revoke Mr. Oberlander's citizenship once the Federal Court found that he obtained his citizenship by false representation. Third, the Governor in Council did not consider the Government's clear policy guidelines indicating that proceedings for citizenship revocation would only be initiated against persons who were actually involved in war crimes or crimes against humanity. Finally, the Governor in Council's decision was unreasonable.

Decision below

[20] The Federal Court Judge found that the standard of review of the Governor in Council's decision was patent unreasonableness, placing a great deal of emphasis on the fact that the decision was being made by the highest political organ of the Canadian government.

[21] The learned Judge found that it was not necessary for him to decide whether or not the Governor in Council had a duty to provide reasons for its revocation decision because the Order in Council and the Minister's report, upon which the Order was expressly based, could be taken as the Minister's reasons.

[22] He also found, at paragraph 16, that the Governor in Council considered that it had the discretion not to revoke Mr. Oberlander's citizenship, noting that the Minister's report expressly provides that: "[i]n deciding whether to revoke citizenship, the Governor in Council should consider the government's 'no safe haven' policy, the findings of the Trial Judge in the reference and any submissions made by Mr. Oberlander."

l'annexe ci-jointe cesse d'être un citoyen canadien à compter de la date du présent décret.

[19] Une nouvelle avocate, M^{me} Jackman, et M. Hafemann ont ensuite présenté une demande de contrôle judiciaire de la décision du gouverneur en conseil d'annuler la citoyenneté de M. Oberlander pour les motifs ci-après énoncés. Premièrement, le gouverneur en conseil a omis de motiver sa décision d'une façon adéquate. Deuxièmement, le gouverneur en conseil n'estimait pas avoir le pouvoir discrétionnaire voulu pour refuser d'annuler la citoyenneté de M. Oberlander une fois que la Cour fédérale avait conclu que ce dernier avait acquis sa citoyenneté par une fausse déclaration. Troisièmement, le gouverneur en conseil n'a pas tenu compte des lignes directrices claires du gouvernement, indiquant que la procédure d'annulation de la citoyenneté était uniquement engagée contre des personnes qui avaient réellement commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. Enfin, la décision du gouverneur en conseil était déraisonnable.

Décision d'instance inférieure

[20] Le juge de la Cour fédérale a conclu que la norme de contrôle à appliquer à la décision du gouverneur en conseil était celle de la décision manifestement déraisonnable; il a accordé énormément d'importance au fait que la décision était prise par le plus haut organe politique du gouvernement canadien.

[21] Le juge a conclu qu'il n'avait pas à déterminer si le gouverneur en conseil était tenu de motiver sa décision d'annuler la citoyenneté, parce que le décret et le rapport de la ministre, sur lequel le décret était expressément fondé, pouvaient être considérés comme les motifs de la ministre.

[22] Au paragraphe 16, le juge a également conclu que le gouverneur en conseil estimait avoir le pouvoir discrétionnaire voulu pour ne pas annuler la citoyenneté de M. Oberlander, en faisant remarquer que le rapport de la ministre prévoyait expressément ce qui suit: «[qu']a]u moment de décider de l'opportunité de révoquer ou non la citoyenneté, le gouverneur en conseil devrait tenir compte de la politique gouvernementale relative à l'«absence de havre», des conclusions tirées par le juge de première instance lors du renvoi ainsi que des arguments soumis par M. Oberlander».

[23] He further found, at paragraph 17, that there was no obligation on the Governor in Council to mention all the elements it considered before reaching its decision. He added that “[t]he fact that peripheral elements are not mentioned in the impugned order is no proof that they were not considered or that they were arbitrarily discarded.”

[24] Finally, he referred, at paragraph 23, to the government’s policy that it would only pursue citizenship revocation where a person personally committed war crimes or was complicit in the commission of the crimes. He noted that the policy provided that:

A person is considered complicit if, while aware of the commission of war crimes or crimes against humanity the person contributes, directly or indirectly, to the occurrence. Membership in an organization responsible for committing the atrocities can be sufficient for complicity if the organization in question is one with a single, brutal purpose, e.g. a death squad.

Given that Mr. Oberlander was an interpreter for an extended period with EK 10a, a mobile killing squad, it was reasonably open to the Governor in Council, the Judge said, to consider that Mr. Oberlander was complicit in the squad’s activities as a support person and information provider. He accordingly found that Mr. Oberlander fell squarely within the ambit of the policy guidelines. In any case, he added, policy guidelines are not binding and do not create substantive rights.

Relevant legislation and statutory scheme

[25] I reproduce here sections 10 and 18 of the *Citizenship Act*:

10. (1) Subject to section 18 but notwithstanding any other section of this Act, where the Governor in Council, on a report from the Minister, is satisfied that any person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship under this Act by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances,

[23] Le juge a en outre conclu, au paragraphe 17, que le gouverneur en conseil n’était pas obligé de mentionner tous les éléments dont il avait tenu compte pour arriver à sa décision. Il a ajouté que «[l]e fait que les éléments secondaires ne sont pas mentionnés dans le décret contesté ne prouve nullement qu’il n’en a pas tenu compte ou qu’ils ont été écartés arbitrairement».

[24] Enfin, le juge a mentionné, au paragraphe 23, que selon les lignes directrices du gouvernement, l’annulation de la citoyenneté était uniquement demandée si la personne en cause avait personnellement commis des crimes de guerre ou avait été complice de la perpétration de pareils crimes. Le juge a fait remarquer que la politique prévoyait ce qui suit:

On considère qu’une personne est complice si, tout en étant au fait de crimes de guerre ou de crimes contre l’humanité, elle a contribué directement ou indirectement à la perpétration de ces crimes. La seule appartenance à une organisation jugée responsable d’avoir commis des atrocités peut permettre d’établir la complicité, si la raison d’être de l’organisation est de perpétrer des actes de brutalité, p. ex. des escadrons de la mort.

Étant donné que M. Oberlander avait été, pendant une longue période, interprète au sein de l’unité Ek 10a, un escadron mobile de la mort, il était avec raison loisible au gouverneur en conseil, selon le juge, de considérer que M. Oberlander était complice des activités de l’escadron en sa qualité de membre du personnel de soutien et de fournisseur d’information. Le juge a donc conclu que les lignes directrices s’appliquaient clairement à M. Oberlander. Il a ajouté que, de toute façon, les lignes directrices ne sont pas obligatoires et ne créent pas de droits substantiels.

Dispositions et régime législatifs pertinents

[25] Les articles 10 et 18 de la *Loi sur la citoyenneté* sont reproduits ci-dessous:

10. (1) Sous réserve du seul article 18, le gouverneur en conseil peut, lorsqu’il est convaincu, sur rapport du ministre, que l’acquisition, la conservation ou la répudiation de la citoyenneté, ou la réintégration dans celle-ci, est intervenue sous le régime de la présente loi par fraude ou au moyen d’une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels, prendre un décret aux termes duquel l’intéressé, à compter de la date qui y est fixée:

(a) the person ceases to be a citizen, or

(b) the renunciation of citizenship by the person shall be deemed to have had no effect,

as of such date as may be fixed by order of the Governor in Council with respect thereto.

(2) A person shall be deemed to have obtained citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances if the person was lawfully admitted to Canada for permanent residence by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances and, because of that admission, the person subsequently obtained citizenship.

...

18. (1) The Minister shall not make a report under section 10 unless the Minister has given notice of his intention to do so to the person in respect of whom the report is to be made and

(a) that person does not, within thirty days after the day on which the notice is sent, request that the Minister refer the case to the Court; or

(b) that person does so request and the Court decides that the person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances.

(2) The notice referred to in subsection (1) shall state that the person in respect of whom the report is to be made may, within thirty days after the day on which the notice is sent to him, request that the Minister refer the case to the Court, and such notice is sufficient if it is sent by registered mail to the person at his latest known address.

(3) A decision of the Court made under subsection (1) is final and, notwithstanding any other Act of Parliament, no appeal lies therefrom.

[26] According to section 10 of the Act, where the Minister has made the requisite report recommending revocation, the Governor in Council may revoke a person's citizenship if it is satisfied that the person obtained citizenship by "false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances." Importantly, the Act does not in any way limit the kinds of false representations that justify revocation, other than that there must be a causal connection between the representation and the obtaining of citizenship. As a

a) soit perd sa citoyenneté;

b) soit est réputé ne pas avoir répudié sa citoyenneté.

(2) Est réputée avoir acquis la citoyenneté par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels la personne qui l'a acquise à raison d'une admission légale au Canada à titre de résident permanent obtenue par l'un de ces trois moyens.

[...]

18. (1) Le ministre ne peut procéder à l'établissement du rapport mentionné à l'article 10 sans avoir auparavant avisé l'intéressé de son intention en ce sens et sans que l'une ou l'autre des conditions suivantes ne se soit réalisée:

a) l'intéressé n'a pas, dans les trente jours suivant la date d'expédition de l'avis, demandé le renvoi de l'affaire devant la Cour;

b) la Cour, saisie de l'affaire, a décidé qu'il y avait eu fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels.

(2) L'avis prévu au paragraphe (1) doit spécifier la faculté qu'a l'intéressé, dans les trente jours suivant sa date d'expédition, de demander au ministre le renvoi de l'affaire devant la Cour. La communication de l'avis peut se faire par courrier recommandé envoyé à la dernière adresse connue de l'intéressé.

(3) La décision de la Cour visée au paragraphe (1) est définitive et, par dérogation à toute autre loi fédérale, non susceptible d'appel.

[26] Selon l'article 10 de la Loi, lorsque le ministre a présenté le rapport nécessaire et a recommandé l'annulation, le gouverneur en conseil peut annuler la citoyenneté s'il est convaincu que l'acquisition de la citoyenneté est intervenue «par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels». Il importe de noter que la Loi ne limite aucunement le genre de fausses déclarations qui justifient l'annulation, si ce n'est qu'il doit exister un lien de causalité entre la déclaration et

result, as Ms. Jackman states in her factum: “Revocation may be based on lying about the number of children one has, or whether one was married at the time of landing.”

[27] According to section 18 of the Act, before the Minister is able to recommend that a person’s citizenship be revoked, she must first notify the citizen of her intention to do this and provide the citizen with an opportunity to request that the matter be referred to the Federal Court, whose finding is final and cannot be appealed.

The Government of Canada’s policy with respect to revocation of citizenship of war criminals

[28] The policy of the Canadian government has been to seek the revocation of the citizenship of suspected war criminals. Canada’s policy has been published annually, since the decision to take action against such persons was taken. The policy at the relevant period is as stated in a public report entitled *Canada’s War Crimes Program. Annual Report 2000-2001*:

The policy of the Government of Canada is clear. Canada will not become a safe haven for those individuals who have committed war crimes, crimes against humanity or any other reprehensible act during times of conflict.

Over the past several years, the Government of Canada has taken significant measures, both within and outside of our borders, to ensure that appropriate enforcement action is taken against suspected war criminals, regardless of when or where the crimes occurred. These measures include co-operation with international courts, foreign governments and enforcement action by one of the three departments mandated to deliver Canada’s War Crimes Program.

Canada is actively involved in supporting the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia (ICTY) and Rwanda (ICTR) and has ratified both the International Criminal Court Statute (ICC) and the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflicts. Canada was the first country to

l’acquisition de la citoyenneté. Par conséquent, comme M^{me} Jackman le dit dans son mémoire: [TRADUCTION] «L’annulation peut être fondée sur un mensonge au sujet du nombre d’enfants que l’intéressé a, ou au sujet de l’état civil de l’intéressé au moment où il a obtenu le droit d’établissement.»

[27] Selon l’article 18 de la Loi, afin de pouvoir recommander l’annulation de la citoyenneté, la ministre doit d’abord aviser l’intéressé de son intention et donner à celui-ci la possibilité de demander le renvoi de l’affaire à la Cour fédérale, la décision de cette dernière étant définitive et non susceptible d’appel.

La politique du gouvernement du Canada concernant l’annulation de la citoyenneté des criminels de guerre

[28] La politique du gouvernement canadien a été de demander l’annulation de la citoyenneté des individus soupçonnés d’avoir commis des crimes de guerre. La politique du Canada est publiée chaque année, depuis que la décision de prendre des mesures contre pareils individus a été prise. La politique applicable à la période pertinente est énoncée dans un rapport public intitulé *Programme canadien sur les crimes de guerre. Rapport annuel 2000-2001*:

La politique du gouvernement canadien est claire: le Canada ne deviendra pas un refuge sûr pour les personnes qui ont commis un crime de guerre, un crime contre l’humanité ou tout autre acte répréhensible en temps de conflit.

Au cours des dernières années, le gouvernement du Canada a pris des mesures importantes, tant au pays qu’à l’étranger, pour s’assurer que les personnes soupçonnées d’avoir commis un crime de guerre, quel que soit le moment ou le lieu où le crime a été perpétré, soient poursuivies de façon appropriée. Ces mesures incluent la collaboration avec des tribunaux internationaux et des gouvernements étrangers, et l’engagement de poursuites par l’un des trois ministères ayant pour mandat d’exécuter le Programme canadien sur les crimes de guerre.

Le Canada soutient activement les tribunaux pénaux internationaux pour l’ex-Yougoslavie (TPIY) et pour le Rwanda (TPIR) et a ratifié le Statut de la Cour pénale internationale (CPI) ainsi que le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l’enfant concernant la participation d’enfants aux conflits armés. Le Canada a été le

introduce comprehensive legislation incorporating the provisions of the ICC Statute into domestic law. This legislation, *The Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, came into force on October 23, 2000.

...

World War II Cases

...

The government pursues only those cases for which there is evidence of direct involvement in or complicity of war crimes or crimes against humanity. A person is considered complicit if, while aware of the commission of war crimes or crimes against humanity, the person contributes, directly or indirectly, to their occurrence. Membership in an organization responsible for committing the atrocities can be sufficient for complicity if the organization in question is one with a single, brutal purpose, e.g. a death squad. [A.B., Vol. 2, at pages 311- 312 (underline in the original).]

[29] In her report to the Governor in Council, the Minister described the policy in the following terms:

It is the policy of the Government of Canada that this country will not offer safe haven to those individuals who have committed a war crime, a crime against humanity or any other reprehensible act during times of conflict, regardless of when or where these crimes occurred. Furthermore, it is the position of the government that revocation of citizenship and deportation is an appropriate remedy against an individual, who, while aware of the commission of war crimes or crimes against humanity, contributes directly or indirectly to their occurrence. [A.B., Vol. 1, at page 41.]

[30] It is common ground that policy guidelines are not binding and do not create legitimate expectations of substantive rights. It was open to the Governor in Council not to establish guidelines and, perhaps, not to follow them. However, the Governor in Council, having opted in this case to adopt guidelines and to apply them to the case, must then put its mind to determining whether Mr. Oberlander comes within their scope. This duty is indeed recognized in the case at bar by the Attorney General of Canada at paragraph 67 of his factum where he states: "The Governor in Council was required to consider whether Oberlander fell within the ambit of government policy."

premier pays à adopter une législation exhaustive qui intègre les dispositions du Statut de la CPI à la loi interne. Cette loi, la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, est entrée en vigueur le 23 octobre 2000.

[. . .]

Cas de la Seconde Guerre mondiale

[. . .]

Le gouvernement n'engage des poursuites que dans les cas où il possède une preuve de complicité ou de participation directe à des crimes de guerre ou à des crimes contre l'humanité. On considère qu'une personne est complice si, tout en sachant que des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité ont été commis, elle a contribué directement ou indirectement à leur perpétration. Le fait d'être membre d'une organisation responsable d'atrocités peut, si l'organisation en question ne vise que la violence, comme un escadron de la mort, suffire pour que l'on considère qu'une personne est complice. [D.A., vol. 2, aux pages 311 et 312 (souligné dans l'original).]

[29] Dans le rapport qu'elle a soumis au gouverneur en conseil, la ministre a décrit la politique comme suit:

[TRADUCTION] Selon la politique du gouvernement du Canada, le pays ne peut offrir un havre aux particuliers qui sont impliqués dans la perpétration d'un crime de guerre, un crime contre l'humanité ou tout autre acte répréhensible lors d'un conflit, peu importe le moment ou l'endroit où ces crimes ont eu lieu. De plus, le gouvernement estime que la révocation de la citoyenneté et l'expulsion constituent un recours approprié contre le particulier qui, sachant que des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité ont lieu, contribue directement ou indirectement à leur perpétration [D.A., vol. 1, à la page 41.]

[30] Il est reconnu que les lignes directrices ne sont pas obligatoires et ne créent pas d'attentes légitimes à l'égard de droits substantiels. Il était loisible au gouverneur en conseil de ne pas établir de lignes directrices et, peut-être, de ne pas suivre les lignes directrices établies. Toutefois, puisque dans ce cas-ci il a choisi d'adopter les lignes directrices et de les appliquer, le gouverneur en conseil doit se demander si ces lignes directrices s'appliquent à M. Oberlander. Dans ce cas-ci, le procureur général du Canada reconnaît de fait cette obligation, au paragraphe 67 de son mémoire, lorsqu'il dit ce qui suit: [TRADUCTION] «Le gouverneur en conseil était tenu de se demander si la politique gouvernementale s'appliquait à Oberlander.»

Issues

[31] There are two broad issues on this appeal. The first concerns issues of procedural fairness and the second involves substantive review of the Governor in Council's decision.

1. Did the Governor in Council have a duty to provide reasons? If yes, do the Order in Council and the report of the Minister constitute the reasons of the Governor in Council?

2. What is the standard of review of the Governor in Council's decision? Does the decision withstand scrutiny based on that standard of review?

[32] It is well established that the standard of appellate review, i.e. the standard applicable to this Court's review of the decision of the Judge of the Federal Court, is one of correctness regarding the determination of the standard of review to be applied to the decision of the Governor in Council. With respect to the other aspects of the Judge's decision, this Court may intervene where there is a "palpable and overriding error" (see *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 33; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraphs 5, 8, 10 and 25).

[33] It is also well established that the standard of review of the Judge's decision regarding procedural fairness and the duty to provide reasons is correctness (see *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [2001] 1 S.C.R. 221, Binnie J., at paragraph 65).

Procedural fairness—Duty to provide reasons

[34] I need not decide here whether there is an implied duty on the Governor in Council to give reasons of its own. Counsel for both parties recognize that the Governor in Council's reasons may well be reflected in the report of the Minister and the real issue in this regard is whether the report is of such a nature as to constitute a "prosecutor's brief" which, according to *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 126, does

Questions en litige

[31] Deux questions générales se posent dans le présent appel. La première se rapporte à l'équité procédurale et la seconde se rapporte à l'examen au fond de la décision du gouverneur en conseil.

1. Le gouverneur en conseil était-il tenu de fournir des motifs? Dans l'affirmative, le décret et le rapport de la ministre constituent-ils les motifs du gouverneur en conseil?

2. Quelle est la norme de contrôle à appliquer à la décision du gouverneur en conseil? La décision résiste-t-elle à un examen fondé sur cette norme de contrôle?

[32] Il est bien établi que la norme de contrôle en appel, c'est-à-dire la norme applicable à l'examen effectué par la présente Cour de la décision du juge de la Cour fédérale, est celle de la décision correcte pour ce qui est de la détermination de la norme de contrôle à appliquer à la décision du gouverneur en conseil. Quant aux autres aspects de la décision du juge, la présente Cour peut intervenir s'il existe une «erreur manifeste et dominante» (voir *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 33; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, aux paragraphes 5, 8, 10 et 25).

[33] Il est également bien établi que la norme de contrôle de la décision du juge, pour ce qui est de l'équité procédurale et l'obligation de fournir des motifs, est celle de la décision correcte (voir *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [2001] 1 R.C.S. 221, juge Binnie, au paragraphe 65).

Équité procédurale—Obligation de fournir des motifs

[34] Je n'ai pas à déterminer ici s'il existe une obligation implicite de la part du gouverneur en conseil de donner lui-même des motifs. Les avocats des deux parties reconnaissent que les motifs du gouverneur en conseil peuvent bien être reflétés dans le rapport de la ministre et que la véritable question à cet égard est de savoir si par sa nature le rapport constitue un «mémoire de la poursuite» qui, selon l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002]

not qualify as “a statement of reasons for a decision.”

[35] As noted by the reviewing Judge in paragraph 13, “[w]here a decision is specifically based on the grounds set out in the Minister’s report, and there is no evidence otherwise, the reasons for the determination of the Governor General in Council are those of the Minister: *Al Yamani v. Canada (Solicitor General)* (T.D.), [1996] 1 F.C. 174, at 220.” In *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 44, L’Heureux-Dubé J. explained that accepting documents such as the Minister’s report here:

. . . is part of the flexibility that is necessary . . . when courts evaluate the requirements of the duty of fairness with recognition of the day-to-day realities of administrative agencies and the many ways in which the values underlying the principles of procedural fairness can be assured. It upholds the principle that individuals are entitled to fair procedures and open decision-making, but recognizes that in the administrative context, this transparency may take place in various ways.

[36] Section 10 of the *Citizenship Act* requires the Minister to prepare “a report”. In the absence of any mandatory formula which the Minister should adopt, a wide latitude should be given to her. The prosecutor’s brief in *Suresh*—the content of which is not described in the reasons for judgment—should not be taken out of its statutory and factual context, even more so since the principal reason why it was not accepted was that it was not articulate nor rational. The reviewing Judge was correct in finding that the report of the Minister was part of the reasons of the Governor in Council.

Reviewability of the Governor in Council’s decision

[37] The Attorney General of Canada, despite forcefully arguing the political nature in general of decisions made by the Governor in Council and their non-justiciability as a matter of principle, nevertheless recognizes in his memorandum of fact and law that a Governor in Council’s decision in citizenship revocation cases is reviewable in a court of law, albeit on the

1 R.C.S. 3, au paragraphe 126, ne constitue pas «un exposé des motifs produits à l’appui d’une décision».

[35] Comme l’a fait remarquer le juge saisi en révision au paragraphe 13, «[I]orsqu’une décision est prise précisément en fonction des motifs énoncés dans le rapport du ministre et qu’il n’existe pas d’éléments de preuve contraires, les motifs de décision du gouverneur général en conseil sont ceux du ministre: *Al Yamani c. Canada (Solliciteur général)* (1^{re} inst.), [1996] 1 C.F. 174, à la page 220». Dans l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 44, la juge L’Heureux-Dubé a expliqué que l’admission de documents tels que le rapport de la ministre dans ce cas-ci:

[. . .] fait partie de la souplesse nécessaire [. . .] quand des tribunaux évaluent les exigences de l’obligation d’équité tout en tenant compte de la réalité quotidienne des organismes administratifs et des nombreuses façons d’assurer le respect des valeurs qui fondent les principes de l’équité procédurale. Cela confirme le principe selon lequel les individus ont droit à une procédure équitable et à la transparence de la prise de décision, mais reconnaît aussi qu’en matière administrative, cette transparence peut être atteinte de différentes façons.

[36] L’article 10 de la *Loi sur la citoyenneté* exige que la ministre prépare un «rapport». En l’absence d’une formule obligatoire que la ministre doit adopter, il faut donner à celle-ci une grande latitude. Le mémoire de la poursuite dans l’affaire *Suresh*—dont le contenu n’est pas décrit dans les motifs du jugement—ne devrait pas être considéré en dehors de son contexte législatif et factuel, d’autant plus que la principale raison pour laquelle il n’a pas été accepté était qu’il n’était pas clair ni rationnel. Le juge saisi en révision a eu raison de conclure que le rapport de la ministre faisait partie des motifs du gouverneur en conseil.

Possibilité d’examiner la décision du gouverneur en conseil

[37] Même s’il a vigoureusement plaidé la nature politique en général des décisions prises par le gouverneur en conseil et le fait qu’en principe ces décisions ne sont pas justiciables, le procureur général du Canada reconnaît néanmoins dans son exposé des faits et du droit que la décision prise par le gouverneur en conseil dans une affaire d’annulation de la citoyenneté

standard of patent unreasonableness. He states, at paragraph 41 of his memorandum, “that Parliament intended to grant the GIC a broad discretion in making a decision pursuant to section 10 of the [Citizenship] Act, reviewable only in circumstances where the GIC makes a patently unreasonable decision.”

[38] The Attorney General adds, however, at paragraph 44, that “[a]lthough authority vested in the GIC is not beyond review, it is neither a duty nor a right of the courts to investigate or to question the motives, which impel the GIC to pass orders-in-council.” He relies for that statement on *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, at page 748; and *Thorne’s Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106, at page 112. Though invited by counsel for the appellant to revisit this principle established in a pre-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]] era, I decline to do so for the simple reason that neither the policy nor the motives of the Governor in Council are being questioned in the present case.

[39] This is an appropriate moment to examine what objectives the Minister is seeking in preparing her report for the Governor in Council and what objectives the citizen concerned should be seeking when preparing his written submissions to the Minister.

[40] Neither the report nor the written submissions are meant to question the findings of fact made by the Judge at the end of the reference process. These findings are final and non-reviewable (see subsection 18(3) of the Act). To the extent that the written submissions were a disguised collateral attack against the findings, they were irrelevant and unhelpful. In the case at bar, Mr. Oberlander, the Minister and the Governor in Council must accept as an indisputable fact that Mr. Oberlander had a wartime experience with EK 10a, that he falsely

peut être examinée par un tribunal judiciaire, quoique selon la norme de la décision manifestement déraisonnable. Au paragraphe 41 de son exposé, il déclare que [TRADUCTION] «le législateur entendait conférer au gouverneur en conseil un large pouvoir discrétionnaire à l’égard des décisions fondées sur l’article 10 de la Loi [sur la citoyenneté], cette décision pouvant uniquement être examinée si elle est manifestement déraisonnable».

[38] Toutefois, le procureur général ajoute, au paragraphe 44, que [TRADUCTION] «[m]ême si le pouvoir conféré au gouverneur en conseil peut faire l’objet d’un examen, les tribunaux judiciaires n’ont aucune obligation ni aucun droit d’enquêter sur les motifs qui amènent le gouverneur en conseil à prendre un décret ou de mettre ces motifs en question». Le procureur général se fonde à cet égard sur les arrêts *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la page 748; et *Thorne’s Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106, à la page 112. L’avocat de l’appelant m’a prié de réexaminer les principes établis à une époque antérieure à l’adoption 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]], mais je refuse de le faire pour la simple raison que ni la politique ni les motifs du gouverneur en conseil ne sont mis en question en l’espèce.

[39] Il convient maintenant d’examiner les objectifs de la ministre lorsqu’elle prépare son rapport à l’intention du gouverneur en conseil et les objectifs que l’intéressé devrait chercher à atteindre lorsqu’il prépare ses observations écrites à l’intention de la ministre.

[40] Ni le rapport ni les observations écrites ne sont destinés à mettre en question les conclusions de fait tirées par le juge à la fin du renvoi. Ces conclusions sont définitives et non susceptibles d’examen (voir le paragraphe 18(3) de la Loi). Dans la mesure où les observations écrites visaient, sous une forme déguisée, à contester d’une façon accessoire les conclusions tirées, elles n’étaient pas pertinentes et elles n’étaient pas utiles. En l’espèce, M. Oberlander, la ministre et le gouverneur en conseil doivent reconnaître que M. Oberlander avait

represented his background or knowingly concealed material circumstances when interviewed by a security officer and that he was admitted to Canada for permanent residence and eventually was granted citizenship by false representation (see MacKay J.'s reasons, at paragraph 210). That the Governor in Council has the power, under section 18 of the *Citizenship Act*, to revoke Mr. Oberlander's citizenship is a given, the only question is: was the power to revoke exercised by the Governor in Council in a reviewable way in the circumstances of this case?

[41] The findings of fact, however, must be seen as they are and not as they might have been. Mr. Justice MacKay was not deciding whether Mr. Oberlander came within the ambit of the government's policy to revoke the citizenship of war criminals. Mr. Justice MacKay was not deciding whether Mr. Oberlander was a war criminal within the meaning of Canadian or international law. Mr. Justice MacKay did not find—as he might have—that the EK 10a was an organization with a single, brutal purpose. Mr. Justice MacKay found that no evidence was presented about any personal involvement of Mr. Oberlander in criminal activities or in war crimes.

[42] The Attorney General of Canada acknowledged, in his factum and at the hearing, that “[w]hen considering a report by the Minister to revoke a person's citizenship, the Governor in Council must be satisfied that the statutory criteria for revocation have been met. In addition, the Governor in Council may engage in a delicate balancing of the individual's personal interests, the public interest, as well as a consideration of any relevant program policy objectives” (paragraph 60). I assume, for the purposes of this appeal, that this acknowledgment is well-founded. The Minister herself had acknowledged in her report, at page 41, that “[i]n deciding whether to revoke citizenship, the Governor in Council should consider the government's ‘no safe haven policy’, the findings of the Trial Judge in the reference and any submissions made by Mr. Oberlander.”

incontestablement une expérience de guerre auprès de l'unité Ek 10a, qu'il a fait une fausse déclaration quant à ses antécédents ou qu'il a dissimulé intentionnellement des faits essentiels lors de son entrevue avec un agent de sécurité et qu'il a été admis au Canada à titre de résident permanent et qu'il a finalement acquis la citoyenneté par de fausses déclarations (voir les motifs du juge MacKay, au paragraphe 210). Il est entendu que le gouverneur en conseil possède le pouvoir voulu, en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté*, pour annuler la citoyenneté de M. Oberlander, mais il s'agit de savoir s'il a exercé ce pouvoir d'une façon qui peut donner lieu à un examen eu égard aux circonstances de l'espèce.

[41] Toutefois, les conclusions de fait doivent être considérées telles qu'elles sont formulées et non telles qu'elles auraient pu l'être. Le juge MacKay ne déterminait pas si la politique du gouvernement d'annuler la citoyenneté des criminels de guerre s'appliquait à M. Oberlander. Le juge MacKay ne déterminait pas si M. Oberlander était un criminel de guerre au sens du droit canadien ou du droit international. Le juge MacKay n'a pas conclu—comme il aurait pu le faire—que l'unité Ek 10a était une organisation dont la raison d'être était de perpétrer des actes de brutalité. Le juge MacKay a conclu qu'aucun élément de preuve n'avait été présenté au sujet de la participation personnelle de M. Oberlander aux activités criminelles ou aux crimes de guerre.

[42] Dans son mémoire et à l'audience, le procureur général du Canada a reconnu que [TRADUCTION] «[l]orsqu'il examine un rapport de la ministre visant à annuler la citoyenneté d'un individu, le gouverneur en conseil doit être convaincu qu'il a été satisfait aux critères législatifs applicables à l'annulation. De plus, le gouverneur en conseil peut entreprendre la tâche délicate de soupeser, les intérêts personnels de l'individu et l'intérêt public et il peut tenir compte de tout objectif pertinent d'un programme» (au paragraphe 60). Pour les besoins de cet appel, je suppose qu'il est justifié de reconnaître la chose. Dans son rapport, à la page 41, la ministre elle-même a reconnu [TRADUCTION] «[qu'a]u moment de décider de l'opportunité de révoquer ou non la citoyenneté, le gouverneur en conseil devrait tenir compte de la politique gouvernementale relative à l'absence de havre”, des conclusions tirées par le juge

[43] The statutory criteria, here, have been met. It is the balancing of interests which, it is argued by Mr. Oberlander, has either not occurred or, if it did occur, has been done in such a way as to be unreasonable.

Standard of review

[44] In *Suresh*, at paragraph 34, the Supreme Court of Canada stated “that the weighing of relevant factors is not the function of a court reviewing the exercise of ministerial discretion.” It explained, at paragraph 36, that to the extent the Court reviewed the Minister’s decision in *Baker* “its decision was based on the ministerial delegate’s failure to comply with self-imposed ministerial guidelines” (emphasis in the original) and, at paragraph 37, that “*Baker* does not authorize courts reviewing decisions on the discretionary end of the spectrum to engage in a new weighing process, but draws on an established line of cases concerning the failure of ministerial delegates to consider and weigh implied limitations and/or patently relevant factors.” And it concluded, at paragraph 41, that:

... in reviewing ministerial decisions to deport under the Act, courts must accord deference to those decisions. If the Minister has considered the correct factors, the courts should not reweigh them. Provided the s. 53(1)(b) decision is not patently unreasonable—unreasonable on its face, unsupported by evidence, or vitiated by failure to consider the proper factors or apply the appropriate procedures—it should be upheld. At the same time, the courts have an important role to play in ensuring that the Minister has considered the relevant factors and complied with the requirements of the Act and the Constitution.

[45] The Supreme Court, in *Suresh*, acknowledged that the pragmatic and functional approach should be applied to determine the standard of review even of discretionary decisions, as was done in *Baker*, but seems, at paragraph 35, to suggest a result-oriented approach when it added that it would be only in “special situations

de première instance lors du renvoi ainsi que des arguments soumis par M. Oberlander».

[43] En l’espèce, il a été satisfait aux critères législatifs. Selon M. Oberlander, ce sont les intérêts qui n’ont pas été soupesés ou, s’ils l’ont été, ils l’ont été de façon déraisonnable.

La norme de contrôle

[44] Dans l’arrêt *Suresh*, au paragraphe 34, la Cour suprême du Canada a dit que «la pondération des facteurs pertinents ne ressortit pas au tribunal appelé à contrôler l’exercice du pouvoir discrétionnaire ministériel». Au paragraphe 36, la Cour a expliqué que dans la mesure où elle examinait la décision du ministre dans l’affaire *Baker* «sa décision se fondait sur l’omission du délégué du ministre de se conformer à des lignes directrices établies par le ministère lui-même» (souligné dans l’original) et au paragraphe 37 que «[c]et arrêt [*Baker*] n’a pas pour effet d’autoriser les tribunaux siégeant en révision de décisions de nature discrétionnaire à utiliser un nouveau processus d’évaluation, mais il repose plutôt sur une jurisprudence établie concernant l’omission d’un délégué du ministre de prendre en considération et d’évaluer des restrictions tacites ou des facteurs manifestement pertinents». La Cour a conclu, au paragraphe 41, que:

[. . .] le tribunal appelé à contrôler une mesure d’expulsion ministérielle prononcée en application de la Loi doit faire preuve de retenue à l’égard de ces décisions. Lorsque le ministre a tenu compte des facteurs appropriés, le tribunal ne doit pas les soupeser à nouveau. Si la décision prise en vertu de l’al. 53(1)(b) n’est pas manifestement déraisonnable—c’est-à-dire déraisonnable à première vue, non étayée par la preuve ou viciée par l’omission de tenir compte des facteurs pertinents ou d’appliquer la procédure appropriée—, elle doit être confirmée. Toutefois, les tribunaux ont un rôle important à jouer en ce qu’ils doivent s’assurer que le ministre a examiné les facteurs pertinents et qu’il s’est conformé aux exigences de la Loi et de la Constitution.

[45] Dans l’arrêt *Suresh*, la Cour suprême a reconnu que la démarche pragmatique et fonctionnelle doit s’appliquer lorsqu’il s’agit de déterminer la norme de contrôle applicable, même à l’égard de décisions discrétionnaires, comme on l’a fait dans l’arrêt *Baker*, mais au paragraphe 35, elle semble donner à entendre

where even traditionally discretionary decisions will best be reviewed according to a standard other than the deferential standard which was universally applied in the past to ministerial decisions.” My perception that *Suresh* has qualified the perhaps too general approach taken in *Baker* may be confirmed by the fact that the Court in *Suresh* determined the standard of review applicable without formally following the four-factor approach dictated in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982. It based its conclusion essentially on the fact that the question of whether there is a substantial risk of torture is “in large part a fact-driven inquiry” and possesses “a negligible legal dimension” (at paragraph 39).

[46] More recently, in *Dr. Q* at paragraph 24, the Supreme Court of Canada reiterated that “the wisdom of past administrative law jurisprudence need not be wholly discarded” but was careful to note the comment of Binnie J. in *Mount Sinai Hospital Centre v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, at paragraph 54 that even “the review for abuse of discretion may in principle range from correctness through unreasonableness to patent unreasonableness.”

[47] I understand from these esoteric formulations that the pragmatism and functional approach dictates the journey even where ministerial discretionary decisions are at issue, but that one should not be surprised if, in all but a few special occasions, the end result—a high degree of deference—will be the same as if the former approach had been followed.

[48] Another difficulty peculiar to the present case is that the two grounds of attack urged by the appellant may be—and are in my view—governed by different

qu’il faut adopter une démarche axée sur le résultat lorsqu’elle ajoute que ce ne serait que dans des «situations particulières où il vaut mieux, même à l’égard de décisions discrétionnaires au sens traditionnel, appliquer une autre norme que la norme caractérisée par la retenue qui était appliquée de manière systématique antérieurement à toutes les décisions ministérielles». Ma perception, à savoir que dans l’arrêt *Suresh*, la Cour a apporté certaines réserves à l’approche peut-être trop générale adoptée dans l’arrêt *Baker* peut être confirmée par le fait que, dans l’arrêt *Suresh*, la Cour déterminait la norme de contrôle applicable sans suivre formellement l’approche composée de quatre facteurs dictée dans l’arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982. La Cour a fondé sa conclusion essentiellement sur le fait que la question de savoir s’il existe un risque sérieux de torture «dépend en grande partie des faits» et comporte «[un] aspect juridique [. . .] négligeable» (au paragraphe 39).

[46] Plus récemment, dans l’arrêt *Dr Q* au paragraphe 24, la Cour suprême du Canada a réitéré «qu’il n’y a pas lieu d’écarter entièrement l’apport de la jurisprudence antérieure en droit administratif», mais elle a pris la peine de noter la remarque que le juge Binnie avait faite dans l’arrêt *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, au paragraphe 54, à savoir que même «la norme de contrôle en matière d’abus de pouvoir discrétionnaire peut en principe aller de la norme de la décision correcte, en passant par celle du caractère déraisonnable, jusqu’à la norme du caractère manifestement déraisonnable».

[47] Je crois comprendre, à partir de ces formulations ésoériques, que l’analyse pragmatique et fonctionnelle dicte la démarche, et ce, même lorsque des décisions ministérielles discrétionnaires sont en cause, mais il ne faudrait pas être surpris si, sauf en quelques occasions fort rares, le résultat final—un degré élevé de retenue—est le même que dans le cas où l’ancienne approche aurait été suivie.

[48] Une autre difficulté particulière, dans ce cas-ci, est que les deux motifs de contestation invoqués par l’appelant peuvent être—et sont, à mon avis—régis par

standards of review. The weighing of personal interests and public interests may well attract a standard of patent unreasonableness, while the determination that a person might be a suspected war criminal within the ambit of the war criminals policy may well attract a standard of reasonableness *simpliciter*.

[49] I will now examine the four factors outlined in *Pushpanathan*, and *Dr. Q*.

[50] The first factor—the absence of a privative clause—suggests neither deference nor a high standard of scrutiny because there is neither a privative clause nor a statutory right of appeal (see *Pushpanathan* at paragraph 30).

[51] The second factor—the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing court on the issue in question—militates *prima facie* in favour of a high degree of deference. The Governor in Council is given a wide degree of latitude or discretion regarding whether or not to revoke citizenship and the legislation provides little guidance in exercising this discretion. The very fact that Parliament chose the Governor in Council as the decision-maker also suggests a legislative intent that it act as a vehicle for the expression of government policy (*Suresh*, at paragraph 31; *Mount Sinai*, at paragraph 58; *Baker*, at paragraph 59).

[52] However, where, as here, the Governor in Council deliberately applies a self-imposed policy and where that policy is predicated on legal concepts of war crimes and complicity, its expertise in the application of the policy is not apparent and its decision in that regard is entitled to lesser deference.

[53] The third factor—the purpose of the legislation and the provision in particular—suggests a highly deferential standard of scrutiny. The discretion of the

des normes de contrôle différentes. Soupeser des intérêts personnels et des intérêts publics peut bien entraîner l'application de la norme de la décision manifestement déraisonnable, alors que la décision selon laquelle un individu pourrait bien être un criminel de guerre au sens de la politique sur les criminels de guerre peut bien entraîner l'application de la norme de la décision raisonnable *simpliciter*.

[49] J'examinerai maintenant les quatre facteurs énoncés dans les arrêts *Pushpanathan* et *Dr Q*.

[50] Le premier facteur—l'absence de clause privative—n'implique pas la retenue ni une norme élevée de contrôle parce qu'il n'y a pas de clause privative ou de droit d'appel prévu par la loi (voir *Pushpanathan* au paragraphe 30).

[51] Le deuxième facteur—l'expertise du tribunal par rapport à celle de la cour de révision sur la question en litige—milite à première vue en faveur d'un degré élevé de retenue. Le gouverneur en conseil se voit accorder une grande latitude ou discrétion au sujet de la question de savoir si la citoyenneté doit être annulée et la législation renferme peu de directives au sujet de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Le fait même que le législateur a choisi le gouverneur en conseil comme décideur donne également à entendre qu'il voulait que le gouverneur en conseil serve d'intermédiaire pour exprimer la politique gouvernementale (*Suresh*, au paragraphe 31; *Mont-Sinaï*, au paragraphe 58; *Baker*, au paragraphe 59).

[52] Toutefois lorsque, comme c'est ici le cas, le gouverneur en conseil applique délibérément une politique qu'il a lui-même établie et lorsque cette politique est fondée sur des concepts juridiques concernant les crimes de guerre et la complicité, son expertise dans l'application de la politique n'est pas apparente et sa décision à cet égard peut faire l'objet d'une moins grande retenue.

[53] Le troisième facteur—l'objet de la législation et en particulier de la disposition—donne à entendre une norme de contrôle fondée sur une plus grande retenue.

Governor in Council is subject to no statutory limits. Any type of misrepresentation can, in theory, lead to the revocation of one's citizenship. In practice, however, in view of the policy adopted and followed by the government, the discretion has been curtailed with respect to misrepresentations made by suspected war criminals. Furthermore, the provision is meant to apply to an individual who stands to lose his citizenship and to become a stateless person. This warrants a less deferential standard.

[54] The fourth factor—the nature of the question, law, fact, or mixed law and fact—suggests a high standard of deference where the question is one of balancing private and public interests or where the findings of fact at the end of the reference process are such as to easily qualify the person as a suspected war criminal under the policy. Where, however, there are no such findings and where the Governor in Council is expected to make his own findings, complex legal issues are likely to arise, which invite less deference. That the policy is predicated on concepts of criminal and international law can be seen from its very wording which refers to international courts and conventions (see paragraph 28 of these reasons) and from the reference in the Attorney General's factum, at paragraph 66, to decisions of this Court that have examined the concepts of "war crimes" and "complicity" in the context of international refugee law. The Governor in Council is not, of course, deciding as a matter of law whether a person is a war criminal, but it cannot apply the war criminals policy to a person unless it first satisfies itself, to use the very words of the policy, that "there is evidence of direct involvement in or complicity of war crimes or crimes against humanity" (at paragraph 28 of these reasons).

[55] The case at bar resembles *Suresh* to the extent that the Governor in Council is dealing with a self-imposed government policy, but it cannot be said

Le pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil n'est assujéti à aucune restriction législative. Tout type de fausse déclaration peut en théorie mener à l'annulation de la citoyenneté. Toutefois, en pratique, compte tenu de la politique adoptée et suivie par le gouvernement, le pouvoir discrétionnaire a été limité en ce qui concerne les fausses déclarations faites par des individus qui sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre. En outre, la disposition vise à s'appliquer à la personne qui risque de perdre sa citoyenneté et de devenir un apatride. Cela justifie une norme de moins grande retenue.

[54] Le quatrième facteur—la nature de la question, de droit, de fait ou mixte de fait et de droit—donne à entendre une norme de retenue élevée lorsqu'il s'agit de soupeser les intérêts privés et les intérêts publics ou lorsque les conclusions de fait tirées à la fin de la procédure de renvoi sont telles qu'elles permettent facilement de soupçonner l'intéressé d'être un criminel de guerre en vertu de la politique. Toutefois, lorsqu'aucune conclusion de ce genre n'est tirée et lorsque l'on s'attend à ce que le gouverneur en conseil tire ses propres conclusions, des questions juridiques complexes peuvent se poser, lesquelles donnent lieu à une moins grande retenue. On peut constater que la politique est fondée sur des concepts du droit criminel et du droit international compte tenu du libellé même, qui fait mention des tribunaux internationaux et des conventions internationales (voir le paragraphe 28 des présents motifs) et de la mention, au paragraphe 66 du mémoire du procureur général, de décisions dans lesquelles la présente Cour a examiné les concepts de «crime de guerre» et de «complicité» dans le contexte du droit international des réfugiés. Bien sûr, le gouverneur en conseil ne tranche pas la question de droit qui consiste à savoir si un individu a commis des crimes de guerre, mais il ne peut pas appliquer à un individu la politique concernant les criminels de guerre à moins de s'assurer d'abord, comme le dit la politique, qu'«il possède une preuve de complicité ou de participation directe à des crimes de guerre ou à des crimes contre l'humanité» (au paragraphe 28 des présents motifs).

[55] La présente affaire ressemble à l'affaire *Suresh* dans la mesure où le gouverneur en conseil a devant lui une politique gouvernementale qu'il a lui-même établie,

here that there is a negligible legal dimension in determining whether a person falls within the ambit of the war criminals policy. A Canadian citizen ought not, in my view, be declared stateless and be stigmatized as a suspected war criminal by a decision which would be reviewed on a standard affording greater deference than on the standard of reasonableness *simpliciter*.

Application of the standard of review

[56] I agree with the reviewing Judge that there was no obligation on the Governor in Council to mention all the elements it considered before reaching its decision and that the fact that peripheral elements are not mentioned is no proof that they were not considered or that they were arbitrarily discarded. I also agree that a reviewing court should not enter into a re-weighing of the evidence and the factors submitted by the parties.

Mr. Oberlander's personal interests

[57] The reviewing Judge was clearly wrong in finding that Mr. Oberlander's interests are "peripheral elements" and I fail to see any evidence or indication that they were considered at all. In her Report prepared without consideration of the additional submissions filed by Mr. Oberlander, the Minister states that "Mr. Oberlander raised no humanitarian or compassionate considerations in his submissions" (A.B., Vol. 1, at page 41). (I hasten to observe that the words "humanitarian and compassionate considerations" do not appear in the *Citizenship Act* and are inappropriate as they invite comparison, and confusion, with these words as they are used and have been interpreted in other statutory instruments. I much prefer the words "personal interests" used by the Attorney General in his written and oral submissions.)

[58] The Minister, of course, is wrong, to the extent that submissions were eventually made in that regard. It is true that the additional submissions were attached to the report and that one must generally assume that a

mais on ne peut pas dire ici qu'il existe un aspect juridique négligeable lorsqu'il s'agit de déterminer si la politique sur les crimes de guerre s'applique à un individu. À mon avis, un citoyen canadien ne devrait pas être déclaré apatride et être stigmatisé parce qu'il est soupçonné d'être un criminel de guerre à la suite d'une décision qui serait examinée selon une norme autorisant une plus grande retenue que la norme de la décision raisonnable *simpliciter*.

Application de la norme de contrôle

[56] Je souscris à l'avis du juge saisi en révision lorsqu'il dit que le gouverneur en conseil n'est pas tenu de mentionner tous les éléments dont il a tenu compte avant d'arriver à sa décision et que le fait que des éléments secondaires ne sont pas mentionnés n'établit pas que ces éléments n'ont pas été pris en considération ou qu'ils ont arbitrairement été écartés. Je suis également d'accord pour dire qu'une cour de révision ne devrait pas amorcer une réévaluation de la preuve et des facteurs soumis par les parties.

Intérêts personnels de M. Oberlander

[57] Le juge saisi en révision a clairement eu tort de conclure que les intérêts de M. Oberlander sont des «éléments secondaires» et je ne puis voir aucun élément de preuve ni aucune indication montrant qu'il ait été tenu compte de ces intérêts. Dans son rapport, préparé sans qu'il soit tenu compte des observations additionnelles déposées par M. Oberlander, la ministre dit que [TRADUCTION] «M. Oberlander n'a soulevé aucune raison d'ordre humanitaire dans ses observations» (D.A., vol. 1, à la page 41). (Je m'empresse de faire remarquer que les mots «raisons d'ordre humanitaire» ne figurent pas dans la *Loi sur la citoyenneté* et qu'ils ne sont pas appropriés puisqu'ils invitent à faire une comparaison, et prêtent à confusion, avec ces mots tels qu'ils sont employés et tels qu'ils ont été interprétés dans d'autres textes de loi. Je préfère de beaucoup les mots «intérêts personnels» employés par le procureur général dans ses observations écrites et orales.)

[58] Bien sûr, la ministre a tort, dans la mesure où des observations ont en fin de compte été faites sur ce point. Il est vrai que les observations additionnelles étaient jointes au rapport et qu'il faut en général supposer que le

decision-maker has examined all the evidence and documentation. But where the personal interests considerations are so overwhelmingly favourable to the person concerned as they are here—50 years of irreproachable life in Canada—one should expect the decision-maker to at least formally recognize the existence of those interests. It is apparent on the face of the record that there was no balancing of the personal interests of Mr. Oberlander and of the public interest. The decision in that regard is patently unreasonable.

The War Crimes Program

[59] The Minister's report does refer to the "no safe haven" policy but does not analyse why it is that Mr. Oberlander fits within the policy which, the report fails to mention, applies only to suspected war criminals. In face of the express finding by Mr. Justice MacKay that no evidence was presented about any personal involvement of Mr. Oberlander in war crimes, one would expect the Governor in Council to at least explain why, in its view, a policy which, by its very—and underlined—words applied only to suspected war criminals, applied to someone who served only as an interpreter in the German army. I note that neither the Minister in her report nor the reviewing Judge even refer to the fact that Mr. Oberlander had asserted that he had not joined the German army voluntarily and that Mr. Justice MacKay has not made a definite finding as to whether Mr. Oberlander had been conscripted or not.

[60] The Governor in Council could not reasonably come to the conclusion that the policy applied to Mr. Oberlander without first forming an opinion as to whether there was evidence permitting a finding (not made by the reference Judge) that Mr. Oberlander could be suspected of being complicit in the activities of an organization with a single, brutal purpose. The reviewing Judge took upon himself to decide what the Governor in Council had omitted to examine and decide, that EK 10a was an organization with a single, brutal purpose and

décideur a examiné tous les éléments de preuve et toute la documentation. Cependant, lorsque les considérations liées aux intérêts personnels sont fortement favorables à la personne concernée, comme c'est ici le cas—M. Oberlander ayant vécu d'une façon irréprochable au Canada pendant 50 ans—on devrait s'attendre à ce que le décideur reconnaisse du moins formellement l'existence de ces intérêts. Il est apparent au vu du dossier que les intérêts personnels de M. Oberlander et l'intérêt public n'ont pas été soupesés. La décision sur ce point est manifestement déraisonnable.

Le programme sur les crimes de guerre

[59] Le rapport de la ministre fait bien mention de la politique d'«absence de havre», mais sans renfermer d'analyse expliquant pourquoi M. Oberlander est visé par la politique qui ne s'applique qu'aux individus soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre, soit un élément dont il n'est pas fait mention dans le rapport. Étant donné la conclusion expresse tirée par le juge MacKay, à savoir qu'aucun élément de preuve n'a été présenté au sujet de la participation personnelle de M. Oberlander à des crimes de guerre, on s'attendrait à ce que le gouverneur en conseil explique du moins pourquoi, à son avis, une politique qui, par son libellé même, et la chose est soulignée, s'appliquait uniquement aux individus soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre, s'appliquait à quelqu'un qui avait uniquement agi à titre d'interprète dans l'armée allemande. Je note que ni la ministre dans son rapport ni le juge qui a procédé à la révision ne mentionnent que M. Oberlander a affirmé qu'il n'avait pas joint l'armée allemande volontairement et que le juge MacKay n'a pas tiré de conclusion précise au sujet de la question de savoir si M. Oberlander était un conscrit.

[60] Le gouverneur en conseil ne pouvait pas raisonnablement conclure que la politique s'appliquait à M. Oberlander sans d'abord se faire une opinion au sujet de la question de savoir s'il existait une preuve permettant de conclure (conclusion que le juge chargé du renvoi n'a pas tirée) que M. Oberlander pouvait être soupçonné d'avoir été complice des activités d'une organisation dont la seule raison d'être était de perpétrer des actes de brutalité. Le juge saisi en révision s'est chargé de décider ce que le gouverneur en conseil avait

that Mr. Oberlander was complicit in the organization's activities. The decision of the Governor in Council in that regard cannot be supplemented by that of the reviewing Judge. The decision of the Governor in Council is not reasonable as it fails to make the appropriate findings and relate them to the person whose citizenship was at issue.

Conclusion

[61] I would allow the appeal with costs here and below, set aside the decision of the Federal Court, allow the application for judicial review, set aside the decision of the Governor in Council and remit the matter back to the Governor in Council for a new determination. In practice, this order means that the Minister of Citizenship and Immigration, should she decide to again seek the revocation of the citizenship of Mr. Oberlander, is expected to present the Governor in Council with a new report which will address the concerns expressed by the Court in these reasons.

SEXTON J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

omis d'examiner et de décider, à savoir que l'unité Ek 10a était une organisation dont la raison d'être était de perpétrer des actes de brutalité et que M. Oberlander avait été complice des activités de l'organisation. La décision du gouverneur en conseil sur ce point ne peut pas être complétée par celle du juge saisi en révision. La décision du gouverneur en conseil n'est pas raisonnable puisqu'elle ne renferme pas les conclusions appropriées et qu'elle n'établit pas de lien entre les conclusions tirées et la personne dont la citoyenneté est en cause.

Conclusion

[61] J'accueillerais l'appel, les dépens étant adjugés dans la présente instance et dans l'instance inférieure, j'annulerais la décision de la Cour fédérale, j'accueillerais la demande de contrôle judiciaire, j'annulerais la décision du gouverneur en conseil et je renverrais l'affaire au gouverneur en conseil pour qu'il prenne une nouvelle décision. En pratique, cette ordonnance veut dire que la ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, si elle décidait de demander encore une fois l'annulation de la citoyenneté de M. Oberlander, devrait présenter au gouverneur en conseil un nouveau rapport portant sur les questions mentionnées par la Cour dans les présents motifs.

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

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

DESA-1-03
2003 FCA 246

DESA-1-03
2003 CAF 246

Nicholas Ribic (*Appellant*)

Nicholas Ribic (*appelant*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*intimé*)

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

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. RIBIC (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Létourneau and Nadon J.J.A.—Ottawa, April 24 and June 4, 2003.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard, juges Létourneau et Nadon, J.C.A.—Ottawa, 24 avril et 4 juin 2003.

Evidence — Appeal against Trial Division orders authorizing partial disclosure of information, prohibiting two witnesses from testifying at appellant's criminal trial — Appellant Canadian citizen involved in hostage-taking in Bosnia in 1995 while member of Serb forces, prosecuted in Canada under Criminal Code — Attorney General objecting to testimonies, disclosure of information, on basis it would be injurious to international relations, national defence or national security — Accused's right to disclosure subject to Crown's discretion and law and rules of privilege — Where sensitive information sought to be disclosed or obtained, State privilege to confidentiality and secrecy triggered, procedure for exercise of privilege established by Canada Evidence Act, s. 38 — Judge determining (1) whether statutory prohibition should be confirmed; (2) whether information sought relevant to defence; (3) whether disclosure injurious to international relations, national defence or national security; (4) if injury, whether public interest in disclosure outweighing public interest in non-disclosure — Balancing public interest requiring more stringent test than usual relevancy rule — Disclosure by accused of information supporting defence not made to prosecution but to Attorney General and designated forum, not violating right to silence and presumption of innocence, but judge must ensure order prohibiting disclosure not resulting in compelling accused to take the stand — Decisions relating to scope of power to disclose information, form and conditions of disclosure reviewable on standard of correctness — Judge must ensure form and conditions to disclosure most likely to limit any injury to national security, national defence or international relations — Choice of conditions attached to authorization to disclose reviewable when judge failing to act judicially or in conformity with law — Expurgated transcripts fairly reflecting nature, substance of witnesses' testimony, vetted information not helpful to defence — Non-disclosure not violating presumption of innocence — Process followed to balance competing interests not unfair, dictated by urgency, necessity — Privilege to protect State secrets not absolute, but circumstances for right

Preuve — Appel interjeté contre deux ordonnances de la Section de première instance qui n'autorisaient que la divulgation partielle de renseignements et interdisaient à deux témoins de déposer au procès criminel de l'appelant — L'appelant est un citoyen canadien qui avait pris part à une prise d'otages en Bosnie en 1995 alors qu'il était membre des forces serbes, et il était poursuivi au Canada en application du Code criminel — Le procureur général s'opposait aux dépositions, ainsi qu'à la divulgation des renseignements, au motif qu'il en résulterait un préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale — Le droit de l'accusé à la divulgation de renseignements est subordonné au pouvoir discrétionnaire de la Couronne ainsi qu'au droit et aux règles qui régissent le privilège — Lorsque les renseignements qui seront divulgués ou que l'on cherche à obtenir sont des renseignements sensibles, l'État peut invoquer le privilège de la confidentialité et du secret, et l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada établit la méthode par laquelle le privilège sera exercé — Le juge doit décider 1) si l'interdiction prévue par la loi devrait être confirmée; 2) si les renseignements dont la divulgation est demandée seront utiles pour la défense; 3) si la divulgation des renseignements risque de porter préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale; 4) dans l'affirmative, si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation — Soutenir les intérêts rivaux en jeu requiert l'application d'un critère plus rigoureux que la règle habituelle de la pertinence des renseignements — La divulgation par l'accusé de renseignements sur lesquels il entend fonder sa défense n'est pas une divulgation faite à la poursuite, mais une divulgation faite au procureur général et à une instance judiciaire désignée, et elle ne contrevient donc pas au droit d'un accusé de se taire, ni à la présomption d'innocence, mais le juge doit s'assurer que son ordonnance interdisant la divulgation de renseignements n'a pas pour résultat de forcer l'accusé à venir à la barre pour se défendre — Les décisions qui se

to fair trial to prevail not existing herein — Judge correctly interpreting scope of power — Authorizing witnesses to testify not a measure most likely to limit any injury to national defence, national security or international relations — Release of expurgated transcripts, authorization to introduce them in evidence amounting to balancing of competing interests which best serves public interest, limiting injury as much as possible — Appeal dismissed.

rappellent à l'étendue du pouvoir de divulguer des renseignements, ainsi qu'à la forme et aux conditions de la divulgation, sont réformables selon la norme de la décision correcte — Le juge doit s'assurer que la forme et les conditions de la divulgation ont toutes les chances de limiter le préjudice à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales — Le choix des conditions qui peuvent être attachées à l'autorisation de divulguer est révisable lorsque le juge n'agit pas d'une manière judiciaire ou en conformité avec la loi — Les transcriptions expurgées rendaient compte adéquatement de la nature et de la substance des dépositions des témoins, et les renseignements censurés ne seraient pas utiles à la défense — La non-divulgation ne contreviendrait pas à la présomption d'innocence — La méthode employée pour soupeser les intérêts rivaux n'était pas injuste, mais elle était dictée par l'urgence et la nécessité — Le privilège qui vise à protéger les secrets d'État n'est pas absolu, mais les circonstances qui feraient prévaloir le droit à un procès équitable n'existent pas ici — Le juge a validement interprété l'étendue de ses pouvoirs — Le fait d'autoriser les témoins à déposer n'était pas une mesure particulièrement susceptible de limiter un éventuel préjudice à la défense nationale, à la sécurité nationale ou aux relations internationales — La divulgation des transcriptions expurgées, avec autorisation de les déposer comme preuve, équivalait à soupeser les intérêts rivaux d'une façon qui était la mieux à même de servir l'intérêt public tout en limitant le préjudice autant qu'il était possible — Appel rejeté.

This was an appeal against two orders of the Trial Division (as it then was) authorizing only partial disclosure of information sought by the appellant, and prohibiting two witnesses (witnesses A and B) from testifying at the appellant's criminal trial. However, with respect to the evidence of these witnesses, the Judge authorized disclosure of expurgated versions of the transcript of their testimonies given before the Trial Division. The appellant, a Canadian citizen, was a member of the Serb forces in Bosnia when, in 1995, he was involved in a hostage-taking incident which led to his prosecution under section 279.1 of the *Criminal Code*. In the context of his criminal trial before the Ontario Superior Court of Justice, the appellant sought disclosure of information and files from a number of organizations and government departments. He also called two witnesses to testify and gave notice to that effect to the Attorney General of Canada as required by subsection 38.01(1) of the *Canada Evidence Act*. The Attorney General objected to these testimonies on the basis that they would reveal sensitive or potentially injurious information i.e. information that, if disclosed, could injure international relations, national defence or national security. The Attorney General also refused to agree to the release of a videocassette (containing excerpts of bombing missions in 1995 in Bosnia) that the appellant had obtained and wished to present as evidence, and refused to permit witness A to testify in respect of this videocassette. On November 5, 2002, the

Il s'agissait d'un appel interjeté contre deux ordonnances de la Section de première instance (sa désignation à l'époque) qui n'autorisaient qu'une divulgation partielle des renseignements demandés par l'appelant et qui interdisaient à deux témoins (les témoins A et B) de déposer au procès criminel de l'appelant. Cependant, s'agissant des dépositions de ces deux témoins, le juge avait autorisé la divulgation de versions expurgées de la transcription de leurs dépositions faites devant la Section de première instance. L'appelant, un citoyen canadien, s'était joint aux forces serbes en Bosnie lorsque, en 1995, il prit part à une prise d'otages à la suite de laquelle il fut poursuivi en vertu de l'article 279.1 du *Code criminel*. C'est au cours de son procès criminel devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario que l'appelant avait demandé la communication de renseignements et de dossiers d'organisations et de ministères fédéraux. Il avait aussi assigné deux témoins pour qu'ils déposent en sa faveur et il avait signifié un avis en ce sens au procureur général du Canada, ainsi que l'exige le paragraphe 38.01(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le procureur général s'était opposé à ces dépositions au motif qu'elles allaient révéler des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables, c'est-à-dire des renseignements qui, une fois divulgués, risqueraient de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou la sécurité nationales. Le procureur général avait également refusé de consentir à la communication d'une

appellant brought an application to the Trial Division pursuant to section 38.04 of the Act for an order regarding the disclosure of the information revealed or to be revealed by the two witnesses, and for an order that the entirety of the information at issue be disclosed. To deal with the specific problems raised by the eventual testimony of these two witnesses the parties consented to an order appointing counsel for the Attorney General to act on behalf of counsel for the appellant in examining the two witnesses. This process was devised to assist the Trial Division in determining the relevancy of the two witnesses' information to the prosecution of the appellant and identifying the sensitive information which could not be disclosed. This process was also conceived to obviate the lack of security clearance of the appellant's counsel. On December 18, 2002, the Attorney General brought an application for an order regarding disclosure of the information contained in the videocassette.

Held, the appeal should be dismissed.

The role of the Trial Division on an application under section 38.04 of the Act is to balance the competing public interests which, in this case, involved the protection of sensitive information and the protection of an accused's constitutional rights to a full answer and defence and to a fair trial. A person charged with a criminal offence enjoys a qualified right to disclosure of all information relevant to his or her defence. This right is subject to Crown's discretion and the law and rules of privilege. Where the information to be disclosed or sought to be obtained is sensitive information, a State privilege to confidentiality and secrecy is triggered and section 38 of the Act establishes the procedure by which the privilege is to be exercised and ultimately secured. The Trial Division judge must first determine whether the statutory prohibition of disclosure should be confirmed or not. Then, where seized with an application for an order regarding the disclosure of sensitive information, the judge has to determine whether the information sought to be disclosed is relevant, i.e., that may be reasonably useful to the defence. The next step pursuant to section 38.06 is to determine whether the disclosure of the information would be injurious to international relations, national defence or national security. The Attorney General's submissions regarding his assessment of the injury to national security, national defence or international relations, because of his access to special information and expertise, should be given considerable weight

vidéocassette (renfermant des extraits de missions de bombardement conduites en 1995 en Bosnie), que l'appellant avait obtenue et qu'il souhaitait produire comme preuve, et il avait refusé de permettre au témoin A d'évoquer cette vidéocassette dans sa déposition. Le 5 novembre 2002, l'appellant demandait à la Section de première instance, en application de l'article 38.04 de la Loi, de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements révélés ou devant être révélés par les deux témoins, ainsi qu'une ordonnance forçant la divulgation intégrale des renseignements en cause. Pour régler les problèmes particuliers soulevés par les éventuelles dépositions de ces deux témoins, les parties ont consenti à ce que soit rendue une ordonnance donnant au substitut du procureur général le mandat d'agir au nom des avocats de l'appellant dans l'interrogatoire des deux témoins. Cette méthode avait été imaginée pour aider la Section de première instance à déterminer la pertinence des dépositions des deux témoins pour la poursuite de l'appellant, ainsi que pour l'aider à circonscrire les renseignements sensibles qui ne pourraient pas être divulgués. La méthode était aussi conçue pour obvier à l'absence d'habilitations de sécurité des avocats de l'appellant. Le 18 décembre 2002, le procureur général déposait une demande pour que soit rendue une ordonnance concernant cette fois la divulgation des renseignements contenus dans la vidéocassette.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

Le rôle de la Section de première instance dans une demande déposée en vertu de l'article 38.04 de la Loi est de sopeser les intérêts publics rivaux que sont ici la protection de renseignements sensibles et la protection des droits constitutionnels d'un accusé à une défense pleine et entière et à un procès équitable. Une personne accusée d'une infraction criminelle n'a pas un droit illimité à la divulgation de tous les renseignements intéressant sa défense. Ce droit est subordonné au pouvoir discrétionnaire de la Couronne ainsi qu'au droit et aux règles qui régissent le privilège. Lorsque les renseignements qui seront divulgués ou que l'on cherche à obtenir sont des renseignements sensibles, l'État peut invoquer le privilège de la confidentialité et du secret, et l'article 38 de la Loi établit la méthode par laquelle le privilège sera exercé et finalement reconnu. Le juge doit d'abord décider si l'interdiction législative de la divulgation devrait ou non être confirmée. Puis, lorsqu'il lui est demandé de rendre une ordonnance concernant la divulgation de renseignements sensibles, le juge doit dire si les renseignements dont la divulgation est demandée sont pertinents ou non, c'est-à-dire si les renseignements pourraient raisonnablement être utiles pour la défense. Il doit ensuite se demander, selon l'article 38.06, si la divulgation des renseignements risque de porter préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Les conclusions du procureur général concernant son évaluation du préjudice à la sécurité

by the judge. The Attorney General assumes a protective role *vis-à-vis* the security and the safety of the public. If his assessment of the injury is reasonable, the judge should accept it. Upon a finding that disclosure of the sensitive information would result in injury, the judge moves to the final stage of the inquiry which consists in determining whether the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure. This balancing will require a more stringent test than the usual relevancy rule. Two tests were considered in the case at bar, the test discussed in the civil case of *Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)* (F.C.A.), and the more stringent test discussed in the criminal law case of *R. v. Leipert* (S.C.C.). In *Pereira*, the Court considered the factors enumerated in *Kahn v. Canada*: the nature of the public interest sought to be protected by confidentiality, the seriousness of the charge involved, the admissibility of the documentation and the usefulness of it, whether there were other reasonable ways of obtaining the information, whether the disclosure sought amounted to general discovery or a fishing expedition and whether the information will probably establish a fact crucial to the defence. In *Leipert*, the accused seeking disclosure was confronted with the rule of police informer privilege. The S.C.C. held that "the only exception to [informer] privilege is found where there is a basis to conclude that the information may be necessary to establish the innocence of the accused". That test appeared to apply herein in light of a very important feature common to the informer and the State secrecy privileges i.e. protection of safety and security of an individual. However, because the Trial Division Judge apparently applied the *Pereira* test, his decision and the sensitive information at issue were reviewed on that basis.

The whole process leading to the determination of the State secrecy privilege compels an accused to reveal his defence and disclose information that supports that defence. As a general rule, there is no obligation to disclose imposed upon an accused in criminal law. The legislative exception to this rule created in the present case by section 38 of the Act is justified by the need to balance competing interests and to offer an accused an appropriate forum for adjudication of the debated issue as well as for subsequent reviews. Also, disclosure of the sensitive information that the appellant wants to rely on is not made to the prosecution but to the Attorney General and a designated forum where the matter will be decided in private. It is therefore not a disclosure which violates an accused's

nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales devraient, parce qu'il a accès à des sources particulières d'information et d'expertise, se voir accorder un poids considérable de la part du juge. Le procureur général exerce un rôle protecteur envers la sécurité du public. Si l'évaluation qu'il fait du préjudice est raisonnable, le juge doit l'accepter. Après qu'il est arrivé à la conclusion que la divulgation des renseignements sensibles entraînerait un préjudice, le juge passe alors à l'étape finale de l'enquête, qui consiste à dire si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation. Soupeser ces intérêts nécessitera l'application d'un critère plus rigoureux que la règle habituelle de la pertinence des renseignements. Deux critères ont été examinés en l'espèce, le critère discuté dans l'affaire civile *Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)* (C.A.F.), et le critère plus rigoureux discuté dans l'affaire pénale *R. c. Leipert* (C.S.C.). Dans l'arrêt *Pereira*, la Cour examinait les facteurs énumérés dans l'affaire *Kahn c. Canada*: la nature de l'intérêt public que l'on cherche à protéger par la confidentialité, la gravité de l'accusation, l'admissibilité des documents et leur utilité, la question de savoir s'il y avait d'autres moyens raisonnables d'obtenir les renseignements, la question de savoir si la divulgation demandée visait la communication de certains documents ou constituait un interrogatoire à l'aveuglette, et la question de savoir si les renseignements sont susceptibles d'établir un fait crucial pour la défense. Dans l'arrêt *Leipert*, l'accusé, qui voulait obtenir des détails sur une information, s'était heurté à la règle du privilège relatif aux indicateurs de police. La C.S.C. a jugé que «le privilège relatif aux indicateurs de police ne souffre qu'une exception, celle concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé». Ce critère semblait s'appliquer ici vu l'importante caractéristique commune aux deux privilèges, le privilège relatif aux indicateurs de police et le privilège relatif aux secrets d'État, à savoir la protection de la sécurité de la personne. Cependant, comme il semble que le juge de la Section de première instance a appliqué le critère élaboré dans l'affaire *Pereira*, sa décision et les renseignements sensibles en cause ont été examinés sur cette base.

Le processus tout entier qui conduit à déterminer s'il existe un privilège relatif aux secrets d'État force un accusé à révéler ses moyens de défense et à divulguer les renseignements qui appuient tels moyens de défense. En règle générale, aucune obligation de divulgation n'est imposée à un accusé en droit criminel. L'exception législative à cette règle, établie en l'espèce par l'article 38 de la Loi, se justifie par la nécessité de soupeser des intérêts rivaux et d'offrir à un accusé une tribune adéquate pour la solution du point contesté ainsi que pour des révisions ultérieures. D'ailleurs, la divulgation des renseignements sensibles sur lesquels entend se fonder l'appelant n'est pas une divulgation faite à la poursuite, mais une divulgation faite au procureur général et à une instance

right to silence and the presumption of innocence in criminal proceedings. With regard to the presumption of innocence, the judge must ensure that his order prohibiting disclosure does not result in his compelling the accused to take the stand to defend himself.

The power conferred by subsection 38.06(2), which authorizes the judge to disclose sensitive information, can be exercised when the conditions are met, i.e. when the public interest in disclosure is greater than the public interest in keeping the information secret. The definition of the scope of the power involves a question of law, and all decisions relating to this scope are reviewable on a standard of correctness. In exercising the power to authorize disclosure and before authorizing disclosure, the judge while bearing in mind the public interest in disclosure must ensure that the form and conditions to disclosure are most likely to limit any injury to national security, national defence or international relations resulting from disclosure. Erroneous decisions as to the form of disclosure as well as to the conditions of such disclosure amount to errors in law and are also reviewable on a standard of correctness. If the judge concludes that the conditions to authorize disclosure are met, the terms of subsection 38.06(2) vest the judge with a wide discretion in the choice of conditions that can be attached to the authorization to disclose. The exercise of that discretion may be reviewed when the judge fails to act judicially or in conformity with the law.

As to the vetted information in the testimonies of the two witnesses, the Trial Division Judge correctly held that, for the purposes of the appellant's defences, the expurgated transcripts reflected fairly the nature and substance of the testimony of the two witnesses and that the vetted information would not have been helpful. Nothing in the vetted information would, because of its non-disclosure, violate the presumption of innocence and compel the accused to testify.

As to the process followed to balance the competing interests, although it was unusual to have counsel to an accused have two of their witnesses examined by another lawyer acting on their behalf, it was not unfair. The process was dictated by urgency and necessity. The applicable legislation was new and a solution had to be found quickly. There were very few lawyers available with the level of security clearance needed to access the sensitive information

judiciaire désignée où l'affaire sera décidée à huis clos. Ce n'est donc pas une divulgation qui contrevient au droit d'un accusé de se taire, ou à la présomption d'innocence en matière criminelle. S'agissant de la présomption d'innocence, le juge doit s'assurer que son ordonnance interdisant la divulgation de renseignements n'a pas pour résultat de forcer l'accusé à venir à la barre pour se défendre.

Le pouvoir conféré par le paragraphe 38.06(2), qui autorise le juge à divulguer des renseignements sensibles, peut être exercé lorsque les conditions sont remplies, c'est-à-dire lorsque les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation sont supérieures aux raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation. La définition de l'étendue du pouvoir est une question de droit, et toutes les décisions qui se rapportent au champ du pouvoir sont réformables selon la norme de la décision correcte. Dans l'exercice du pouvoir d'autoriser la divulgation, et avant d'autoriser la divulgation, le juge doit, tout en gardant à l'esprit les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation, s'assurer que la forme et les conditions de la divulgation ont toutes les chances de limiter le préjudice à la sécurité nationale, à la défense nationale et aux relations internationales par suite de la divulgation. Les décisions erronées sur la forme de la divulgation ainsi que sur les conditions de telle divulgation équivalent à des erreurs de droit et sont elles aussi réformables selon la norme de la décision correcte. Si le juge arrive à la conclusion que les conditions d'une autorisation de divulgation sont remplies, alors il est investi par le paragraphe 38.06(2) d'un large pouvoir discrétionnaire dans le choix des conditions qui peuvent être attachées à l'autorisation de divulguer. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est révisable lorsque le juge n'agit pas d'une manière judiciaire ou en conformité avec la loi.

S'agissant des renseignements censurés compris dans les dépositions des deux témoins, le juge de la Section de première instance a validement jugé que, aux fins des moyens de défense de l'appelant, les transcriptions expurgées rendaient compte adéquatement de la nature et de la substance des dépositions des deux témoins, et que les renseignements censurés n'auraient pas été utiles. Aucun aspect des renseignements censurés ne contreviendrait, en raison de leur non-divulgation, à la présomption d'innocence, ni ne forcerait l'accusé à témoigner.

Quant à la méthode employé pour soupeser les intérêts rivaux, bien qu'il fût certainement inhabituel pour l'avocat d'un accusé de faire interroger deux de ses témoins par un autre avocat agissant en son nom, cette méthode n'était pas injuste. La méthode était dictée par l'urgence et la nécessité. La loi applicable était nouvelle et une solution devait être trouvée rapidement. Il y avait très peu d'avocats possédant le niveau d'habilitation de sécurité nécessaire pour accéder aux

at issue, and out of necessity and convenience, the parties agreed to this unusual process. It was done to ensure that the appellant would obtain disclosure of all sensitive information that could be disclosed without unduly compromising national security, national defence or international relations.

As to the right to call evidence, the S.C.C. recognized in *R. v. Seaboyer* that an issue as to the relevancy of evidence does not arise in a vacuum, but in relation to an issue in the trial, and reasserted the principle that a clear ground of policy or law may justify the exclusion of probative evidence which would otherwise be received. Section 38 of the Act codifies the common law privilege to protect State secrets, but provides for a balancing of competing interests with the possibility of the right to a fair trial prevailing in limited circumstances which are not found to exist herein.

As to the form in which the disclosure was authorized, the Trial Division Judge correctly interpreted the scope of the power granted to him. He was right to hold that authorizing the two witnesses to testify at the criminal trial is not a measure most likely to limit any injury to national defence, national security or international relations. In the circumstances, release of the expurgated transcript and an authorization to introduce them in evidence at the criminal trial amount to a balancing of the competing interests which best serves the public interest while limiting as much as possible the injury mentioned above.

renseignements sensibles en cause. Par nécessité et par commodité, les parties se sont entendues sur cette méthode inusitée. Elle a été suivie ici pour que l'appelant obtienne la divulgation de tous les renseignements sensibles qui pouvaient être divulgués sans mettre en péril la sécurité nationale, la défense nationale ou les relations internationales.

S'agissant du droit de produire des preuves, la C.S.C. a reconnu dans l'arrêt *R. c. Seaboyer* qu'il faut se garder d'examiner la question de la pertinence d'une preuve en vase clos, mais plutôt l'examiner par rapport à une question en litige, et elle a réitéré le principe selon lequel un motif clair fondé sur un principe ou une règle de droit peut justifier l'exclusion d'une preuve pertinente qui serait autrement recevable. L'article 38 de la Loi codifie le privilège de common law qui protège les secrets d'État, mais prévoit que les intérêts rivaux soient soupesés, avec la possibilité que le droit à un procès équitable l'emporte dans des cas restreints, qui sont absents ici.

S'agissant de la forme dans laquelle la divulgation était autorisée, le juge de la Section de première instance avait valablement interprété l'étendue du pouvoir qui lui était conféré. Il avait eu raison de dire que le fait d'autoriser les deux témoins à déposer au procès criminel n'était pas une mesure particulièrement susceptible de limiter un éventuel préjudice à la défense nationale, à la sécurité nationale ou aux relations internationales. Dans ces conditions, la divulgation des transcriptions expurgées, avec autorisation de les déposer comme preuve au procès criminel, équivalait à soupeser les intérêts rivaux d'une façon qui était la mieux à même de servir l'intérêt public tout en limitant autant qu'il était possible le préjudice susmentionné.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Anti-terrorism Act, S.C. 2001, c. 41.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38 (as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141(4)), 38.01 (as enacted *idem*, s. 43), 38.02 (as enacted *idem*), 38.04 (as enacted *idem*, ss. 43, 141(7)), 38.06 (as enacted *idem*, s. 43), 38.08 (as enacted *idem*), 38.09 (as enacted *idem*), 38.13 (as enacted *idem*).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 279.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 27, s. 40; 1995, c. 39, s. 148).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General) (2002), 299 N.R. 154 (F.C.A.).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 279.1 (édicte par L.R.C. 1985 (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 40; 1995, ch. 39, art. 148).
Loi antiterroriste, L.C. 2001, ch. 41.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141(4)), 38.01 (édicte, *idem*, art. 43), 38.02 (édicte, *idem*), 38.04 (édicte, *idem*, art. 43, 141(7)), 38.06 (édicte, *idem*, art. 43), 38.08 (édicte, *idem*), 38.09 (édicte, *idem*), 38.13 (édicte, *idem*).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général) (2002), 299 N.R. 154 (C.A.F.).

CONSIDERED:

R. v. Rose, [1998] 3 S.C.R. 262; (1998), 40 O.R. (3d) 576; 166 D.L.R. (4th) 385; 129 C.C.C. (3d) 449; 20 C.R. (5th) 246; 57 C.R.R. (2d) 219; 232 N.R. 83; 115 O.A.C. 201; *R. v. Seaboyer*; *R. v. Gayme*, [1991] 2 S.C.R. 577; (1991), 83 D.L.R. (4th) 193; 66 C.C.C. (3d) 321; 7 C.R. (4th) 117; 6 C.R.R. (2d) 35; 128 N.R. 81; 48 O.A.C. 81; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.); *Kahn v. Canada*, [1996] 2 F.C. 316; (1996), 110 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; (1997), 143 D.L.R. (4th) 38; [1997] 3 W.W.R. 457; 112 C.C.C. (3d) 385; 4 C.R. (5th) 259; 41 C.R.R. (2d) 266; 207 N.R. 145; *Falconbridge Nickel Mines Ltd. and Minister of Revenue for Ontario, Re* (1981), 121 D.L.R. (3d) 403; [1981] C.T.C. 120 (Ont. C.A.); *Reg. v. Shayler*, [2002] 2 W.L.R. 754 (H.L.); *Tinnelly & Sons Ltd. v. United Kingdom* (1998), 27 EHRR 249 (E.C.J.); *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Hosenball*, [1977] 3 All ER 452 (C.A.).

REFERRED TO:

R. v. Chaplin, [1995] 1 S.C.R. 727; (1995), 162 A.R. 272; 27 Alta. L.R. (3d) 1; 96 C.C.C. (3d) 225; 36 C.R. (4th) 201; 26 C.R.R. (2d) 189; 178 N.R. 118; 83 W.A.C. 272; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185; (2002), 210 D.L.R. (4th) 341; 162 C.C.C. (3d) 257; 50 C.R. (5th) 1; 92 C.R.R. (2d) 189; 285 N.R. 201; 157 O.A.C. 1; *R. v. Cleghorn*, [1995] 3 S.C.R. 175; (1995), 100 C.C.C. (3d) 393; 41 C.R. (4th) 282; 32 C.R.R. (2d) 41; 186 N.R. 49; 85 O.A.C. 129; *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874; (1997), 146 D.L.R. (4th) 385; [1997] 6 W.W.R. 1; 89 B.C.A.C. 1; 114 C.C.C. (3d) 385; 6 C.R. (5th) 1; 43 C.R.R. (2d) 233; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589; (2000), 187 D.L.R. (4th) 675; 6 C.P.R. (4th) 289; 256 N.R. 278 (C.A.); *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 219 Sask. R. 1; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161.

AUTHORS CITED

Cournoyer, Guy and Gilles Ouimet. *Code criminel annoté 2003*. Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2002.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. c. Rose, [1998] 3 R.C.S. 262; (1998), 40 O.R. (3d) 576; 166 D.L.R. (4th) 385; 129 C.C.C. (3d) 449; 20 C.R. (5th) 246; 57 C.R.R. (2d) 219; 232 N.R. 83; 115 O.A.C. 201; *R. c. Seaboyer*; *R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577; (1991), 83 D.L.R. (4th) 193; 66 C.C.C. (3d) 321; 7 C.R. (4th) 117; 6 C.R.R. (2d) 35; 128 N.R. 81; 48 O.A.C. 81; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.); *Kahn c. Canada*, [1996] 2 C.F. 316; (1996), 110 F.T.R. 81 (C.F. 1^{re} inst.); *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; (1997), 143 D.L.R. (4th) 38; [1997] 3 W.W.R. 457; 112 C.C.C. (3d) 385; 4 C.R. (5th) 259; 41 C.R.R. (2d) 266; 207 N.R. 145; *Falconbridge Nickel Mines Ltd. and Minister of Revenue for Ontario, Re* (1981), 121 D.L.R. (3d) 403; [1981] C.T.C. 120 (C.A. Ont.); *Reg. v. Shayler*, [2002] 2 W.L.R. 754 (H.L.); *Tinnelly & Sons Ltd. c. Royaume-Uni* (1998), 27 EHRR 249 (C.E.J.); *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Hosenball*, [1977] 3 All ER 452 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Chaplin, [1995] 1 R.C.S. 727; (1995), 162 A.R. 272; 27 Alta. L.R. (3d) 1; 96 C.C.C. (3d) 225; 36 C.R. (4th) 201; 26 C.R.R. (2d) 189; 178 N.R. 118; 83 W.A.C. 272; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185; (2002), 210 D.L.R. (4th) 341; 162 C.C.C. (3d) 257; 50 C.R. (5th) 1; 92 C.R.R. (2d) 189; 285 N.R. 201; 157 O.A.C. 1; *R. c. Cleghorn*, [1995] 3 R.C.S. 175; (1995), 100 C.C.C. (3d) 393; 41 C.R. (4th) 282; 32 C.R.R. (2d) 41; 186 N.R. 49; 85 O.A.C. 129; *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874; (1997), 146 D.L.R. (4th) 385; [1997] 6 W.W.R. 1; 89 B.C.A.C. 1; 114 C.C.C. (3d) 385; 6 C.R. (5th) 1; 43 C.R.R. (2d) 233; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589; (2000), 187 D.L.R. (4th) 675; 6 C.P.R. (4th) 289; 256 N.R. 278 (C.A.); *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 219 Sask. R. 1; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161.

DOCTRINE

Cournoyer, Guy et Gilles Ouimet. *Code criminel annoté 2003*. Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2002.

APPEAL against two orders of the Trial Division, dated January 9 (2003 FCT 10; [2003] F.C.J. No. 1965 (T.D.) (QL)) and 17 (2003 FCT 43; [2003] F.C.J. No. 1966 (T.D.) (QL)), authorizing only partial disclosure of information sought by the appellant, and prohibiting two witnesses from testifying at the appellant's criminal trial. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

D'Arcy DePoe and *Heather Perkins-McVey* for appellant.
Alain Préfontaine for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Beresh DePoe Cunningham, Edmonton, and *Heather Perkins-McVey*, Ottawa, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] LÉTOURNEAU J.A.: This is an appeal against two orders of Blanchard J., of the Trial Division, dated January 9 [2003 FCT 10; [2003] F.C.J. No. 1965 (T.D.) (QL)] and 17 [2003 FCT 43; [2003] F.C.J. No. 1966 (T.D.) (QL)], 2003 which, among other things, authorized only partial disclosure of information sought by the appellant. One of the orders also prohibited two witnesses, (witnesses A and B), from testifying at the appellant's criminal trial. However, with respect to the evidence of these two witnesses, the Judge authorized disclosure of expurgated versions of the transcript of their testimonies given before the Federal Court—Trial Division. I reproduce the two orders and hasten to add that the appellant initially sought from this Court an order that the two witnesses be authorized to testify and that the vetted portions of their evidence and of a videocassette be released for use by the defence at the appellant's trial before the Ontario Superior Court of Justice. At the hearing of the appeal, counsel for the appellant informed us that the vetted portions of the videocassette were no longer an issue on appeal, but that

APPEL interjeté contre deux ordonnances de la Section de première instance, en date du 9 janvier (2003 CFPI 10; [2003] A.C.F. n° 1965 (1^{re} inst.) (QL)) et du 17 janvier 2003 CFPI 43; [2003] A.C.F. n° 1966 (1^{re} inst.) (QL)), qui n'autorisaient qu'une divulgation partielle des renseignements demandés par l'appelant et qui interdisaient à deux témoins de déposer au procès criminel de l'appelant. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

D'Arcy DePoe et *Heather Perkins-McVey*, pour l'appelant.
Alain Préfontaine, pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Beresh DePoe Cunningham, Edmonton, et *Heather Perkins-McVey*, Ottawa, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Il s'agit d'un appel interjeté contre deux ordonnances du juge Blanchard, de la Section de première instance, portant les dates du 9 [2003 CFPI 10; [2003] A.C.F. n° 1965 (1^{re} inst.) (QL)] et du 17 [2003 CFPI 43; [2003] A.C.F. n° 1966 (1^{re} inst.) (QL)] janvier 2003, ordonnances qui entre autres n'autorisaient qu'une divulgation partielle des renseignements demandés par l'appelant. L'une des ordonnances interdisait aussi à deux témoins (les témoins A et B) de déposer au procès criminel de l'appelant. Cependant, s'agissant des dépositions de ces deux témoins, le juge a autorisé la divulgation de versions expurgées de la transcription de leurs dépositions faites devant la Section de première instance de la Cour fédérale. Je reproduis les deux ordonnances et je m'empresse d'ajouter que l'appelant a d'abord demandé à la Cour d'ordonner que les deux témoins soient autorisés à déposer et que les portions censurées de leurs dépositions et d'une vidéocassette soient communiquées pour être utilisées par la défense au procès de l'appelant devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Lors

the refusal to allow one of the two witnesses to testify in respect of that videocassette remained a live one. Blanchard J.'s orders read:

Order of January 9, 2003 [at paragraph 39]

THIS COURT ORDERS that:

1. The applicant's request for a blanket authorization to have the two witnesses testify without restriction at the trial of the applicant is denied.
2. The two witnesses be prohibited from testifying at the trial of the applicant with respect to the evidence considered in this proceeding.
3. The excerpts from the transcripts reproduced in Annex "B" attached to this order, together with the additional excerpts referred to in paragraph 8 of the Reasons for Order be authorized for disclosure.
4. Pursuant to section 38.06, the expurgated version of the transcripts of the testimony of the two witnesses, including additional excerpts reproduced in Annex "B" and the information summarized in Annex "A" attached to this order are authorized for disclosure to be introduced in evidence at the applicant's criminal trial as if the two witnesses had testified under oath and in lieu of their *viva voce* testimony.
5. The protective order issued by Lutfy, A.C.J. on November 15, 2002, be modified by substituting a new paragraph 6, reading as follows:

The obligation not to disclose the defence information will remain in force until the conclusion of the applicant's trial and the expiry of all applicable appeal periods.
6. Pursuant to paragraph 38.02(2)(b) of the Act, the information contained in Annex "A" and Annex "B" attached to this order will be released to the respondent Attorney General of Canada on the date of the issuance of this order and shall be released to the applicant upon the expiry of the limitation periods for the appeal provided in sections 38.09 and 38.1 of the Act.

de l'instruction de l'appel, les avocats de l'appelant nous ont informés que les portions censurées de la vidéocassette n'étaient plus un point litigieux dans l'appel, mais que le refus d'autoriser l'un des deux témoins à déposer à propos de cette vidéocassette demeurait un point contesté. Voici le texte des ordonnances du juge Blanchard:

Ordonnance du 9 janvier 2003 [au paragraphe 39]

[TRADUCTION]

LA COUR ORDONNE:

1. La requête du demandeur en vue d'obtenir l'autorisation générale de faire témoigner les deux témoins sans restriction au procès du demandeur est rejetée.
2. Les deux témoins ne sont pas autorisés à témoigner au procès du demandeur en ce qui concerne la preuve considérée dans la présente instance.
3. Les extraits des transcriptions qui sont reproduits dans l'annexe «B» jointe à la présente ordonnance, ainsi que les extraits additionnels mentionnés au paragraphe 8 des motifs de l'ordonnance, peuvent être divulgués.
4. En application de l'article 38.06, la version expurgée des transcriptions des dépositions des deux témoins, y compris les extraits additionnels reproduits dans l'annexe «B» et les renseignements résumés dans l'annexe «A» jointe à la présente ordonnance, peuvent être divulgués, pour être déposés comme preuve au procès criminel du demandeur, comme si les deux témoins avaient déposé sous serment, et en remplacement de leurs dépositions de vive voix.
5. L'ordonnance conservatoire rendue par le juge en chef adjoint Lutfy le 15 novembre 2002 est modifiée par ajout d'un nouveau paragraphe 6, formulé ainsi:

L'obligation de ne pas divulguer les renseignements de la défense restera en vigueur jusqu'à la conclusion du procès du demandeur et l'expiration de tous les délais d'appel applicables.
6. Conformément à l'alinéa 38.02(2)b) de la Loi, les renseignements contenus dans l'annexe «A» et l'annexe «B» jointes à la présente ordonnance seront communiqués au procureur général du Canada lorsque sera délivrée la présente ordonnance, et ils seront communiqués au demandeur à l'expiration des délais d'appel prévus dans les articles 38.09 et 38.1 de la Loi.

Order of January 17, 2003 [at paragraph 24]

THIS COURT:

1. CONFIRMS, pursuant to paragraph 38.06(3) of the *Canada Evidence Act*, the prohibition on disclosure of the following injurious information expurgated from the original of the videocassette, produced as Exhibit 'B' to the affidavit sworn by Colonel MacLean on December 18, 2002, in these proceedings:

- a) the latitude and longitude co-ordinates appearing on the upper right-hand corner of the image;
- b) the heads up display, including the laser codes, the weapons range and radar equipment; and
- c) from the sound track of the videocassette, all call signs, nicknames or code words.

2. AUTHORISES, pursuant to paragraph 38.06(2) of the *Canada Evidence Act*, the disclosure of the remaining information contained in the videocassette. Attached to this Order as Annex 'A' is a copy of the expurgated videocassette authorised to be disclosed by this Order.

3. PROHIBITS, pursuant to paragraph 38.06(3) of the *Canada Evidence Act*, [. . .] from testifying with respect to the videocassette.

4. AUTHORISES, pursuant to paragraph 38.06(2) of the *Canada Evidence Act*, the disclosure of the expurgated version of the affidavit sworn by [. . .] in these proceedings on December 24, 2002, attached to this Order as Annex 'B' and of the summary of information in parentheses added by the Court to paragraph 14 of that expurgated affidavit.

5. AUTHORISES, pursuant to paragraph 38.06(4) of the *Canada Evidence Act*, the introduction into evidence, at the criminal trial of the respondent, Mr. Ribic, of the expurgated videocassette attached to this order as Annex "A".

6. AUTHORISES, pursuant to paragraph 38.06(4) of the *Canada Evidence Act*, the introduction into evidence, at the criminal trial of the respondent, Mr. Ribic, of the expurgated affidavit of [. . .] attached to this Order as Annex 'B', *in lieu of* his *viva voce* testimony, as if [. . .] had testified under oath, under the same conditions mentioned in the *Reasons for Order and Order* issued by the Court in *Ribic v. Canada (Attorney General of Canada)* 2003 FCT 10 (application DES-3-02).

Ordonnance du 17 janvier 2003 [au paragraphe 24]

[TRADUCTION]

LA COUR:

1. CONFIRME, conformément au paragraphe 38.06(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, l'interdiction de divulgation des renseignements préjudiciables suivants retranchés de l'original de la vidéocassette, produite comme pièce «B» de l'affidavit établi sous serment par le colonel MacLean le 18 décembre 2002, dans la présente instance:

- a) la latitude et la longitude indiquées au coin supérieur droit de l'image;
- b) la visualisation tête haute, y compris les codes laser, la portée des armes et les équipements radar; et
- c) sur la bande son de la vidéocassette, tous les indicatifs d'appel, les pseudonymes ou les mots codés.

2. AUTORISE, conformément au paragraphe 38.06(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, la divulgation des renseignements restants figurant dans la vidéocassette. Est jointe à cette ordonnance, en tant qu'annexe «A», une copie de la vidéocassette expurgée dont la divulgation est autorisée par la présente ordonnance.

3. INTERDIT, conformément au paragraphe 38.06(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, à [. . .] de témoigner à propos de la vidéocassette.

4. AUTORISE, conformément au paragraphe 38.06(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, la divulgation de la version expurgée de l'affidavit établi sous serment par [. . .] dans la présente instance le 24 décembre 2002, joint à la présente ordonnance en tant qu'annexe «B», et la divulgation du résumé des renseignements entre parenthèses ajoutés par la Cour au paragraphe 14 dudit affidavit expurgé.

5. AUTORISE, conformément au paragraphe 38.06(4) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le dépôt comme preuve, au procès criminel du défendeur, M. Ribic, de la vidéocassette expurgée jointe à la présente ordonnance en tant qu'annexe «A».

6. AUTORISE, conformément au paragraphe 38.06(4) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le dépôt comme preuve, au procès criminel du défendeur, M. Ribic, de l'affidavit expurgé de [. . .], joint à la présente ordonnance en tant qu'annexe «B», en remplacement de sa déposition de vive voix, comme si [. . .] avait témoigné sous serment, aux mêmes conditions que celles mentionnées dans les *motifs de l'ordonnance et l'ordonnance* rendue par la Cour dans l'affaire *Ribic c. Canada (Procureur général du Canada)* 2003 CFPI 10 (demande DES-3-02).

7. ORDERS, pursuant to section 38.12(1) of the *Canada Evidence Act*, Mr. D'Arcy DePoe and Ms. Heather Perkins-McVey, counsel for Mr. Ribic, not to disclose to anyone either the unexpurgated videocassette or the unexpurgated version of the affidavit of [. . .] sworn in these proceedings on December 24, 2002;

8. ORDERS, pursuant to section 38.12(1) of the *Canada Evidence Act*, Mr. D'Arcy DePoe and Ms. Heather Perkins-McVey, counsel for Mr. Ribic, to deliver up their copies of the unexpurgated videocassette and of the unexpurgated version of the affidavit of [. . .] sworn in these proceedings on December 24, 2002, and any reproduction thereof, to the Registry of this Court, forthwith;

9. ORDERS, pursuant to section 38.12(2) of the *Canada Evidence Act*, that the unexpurgated videocassette and the unexpurgated version of the affidavit of [. . .] sworn in these proceedings on December 24, 2002 be sealed, along with the records of this application and kept in a location to which the public has no access;

10. ORDERS the Attorney General of Canada, pursuant to paragraph 38.02(2)(b) and section 38.07 of the *Canada Evidence Act*, to immediately communicate the *Reasons for Order and Order*, less its annexes, to the judge presiding at the criminal trial of Mr. Ribic and to the prosecution team.

11. DIRECTS, pursuant to paragraph 38.02(2)(b) of the *Canada Evidence Act*, that the information contained in Annex "A" and Annex "B" attached to this order be released to the respondent, Mr. Ribic, upon the expiry of the period for appeal provided in sections 38.09 and 38.1 of the *Act*, or such earlier date as the Attorney General of Canada may indicate.

[2] Incidental to his appeal, the appellant also seeks an order that the contents of the factums, Appeal Books, videocassette or transcripts of witnesses' evidence as well as affidavits in the present proceedings not be released to any member of the prosecution team or any other person without the consent of the defence.

Facts and procedure

[3] The appellant is a Canadian citizen. He joined the Serb forces in Bosnia when the war started. In 1995, he was involved in a hostage-taking incident which led to his prosecution under section 279.1 [as enacted by

7. ORDONNE, conformément au paragraphe 38.12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, à M. D'Arcy DePoe et à M^{me} Heather Perkins-McVey, avocats de M. Ribic, de ne divulguer à personne la vidéocassette non expurgée ou la version non expurgée de l'affidavit de [. . .] établi sous serment dans la présente instance le 24 décembre 2002;

8. ORDONNE, conformément au paragraphe 38.12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, à M. D'Arcy DePoe et à M^{me} Heather Perkins-McVey, avocats de M. Ribic, de remettre leurs copies de la vidéocassette non expurgée et de la version non expurgée de l'affidavit de [. . .] établi sous serment dans la présente instance le 24 décembre 2002, ainsi que toute reproduction d'icelles, au greffe de la Cour, sur-le-champ;

9. ORDONNE, conformément au paragraphe 38.12(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, que la vidéocassette non expurgée et la version non expurgée de l'affidavit de [. . .], établi sous serment dans la présente instance le 24 décembre 2002, soient scellées, en même temps que les dossiers de la présente demande, et conservées dans un endroit auquel le public n'a aucun accès;

10. ORDONNE au procureur général du Canada, conformément à l'alinéa 38.02(2)b) et à l'article 38.07 de la *Loi sur la preuve au Canada*, de communiquer immédiatement les motifs de l'ordonnance et l'ordonnance, moins ses annexes, au juge présidant le procès criminel de M. Ribic, ainsi qu'à l'équipe chargée de la poursuite.

11. ORDONNE, conformément à l'alinéa 38.02(2)b) de la *Loi sur la preuve au Canada*, que les renseignements contenus dans l'annexe «A» et l'annexe «B» jointes à la présente ordonnance soient communiqués au défendeur, M. Ribic, à l'expiration du délai d'appel prévu par les articles 38.09 et 38.1 de la *Loi*, ou à la date plus rapprochée que le procureur général du Canada pourra indiquer.

[2] En marge de son appel, l'appelant voudrait aussi que la Cour ordonne que le contenu des mémoires, des dossiers d'appel, de la vidéocassette ou de la transcription des dépositions des témoins, ainsi que des affidavits produits dans la présente instance, ne soit communiqué à aucun membre de l'équipe chargée de la poursuite, ni à quiconque, sans le consentement de la défense.

Les faits et la procédure

[3] L'appelant est citoyen canadien. Il s'est joint aux forces serbes en Bosnie lorsque la guerre a éclaté. En 1995, il a pris part à une prise d'otages à la suite de laquelle il a été poursuivi en vertu de l'article 279.1

R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 40; 1995, c. 39, s. 148] of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] on four counts of forcible confinement and death threat, each count being punishable with life imprisonment. It is in the context of his trial before a judge and a jury in the Ontario Superior Court of Justice that the appellant sought disclosure of information and files from the United Nations, the North Atlantic Treaty Organization, the Department of National Defence, the Canadian Security Intelligence Service, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the International Committee of the Red Cross.

[4] On October 23, 2002, the appellant called, in his criminal trial, two witnesses to testify on his behalf and gave notice to that effect to the Attorney General of Canada (Attorney General) as required by subsection 38.01(1) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (Act). The Attorney General objected to these testimonies on the basis that they would reveal sensitive or potentially injurious information. Section 38 [as am. *idem*, ss. 43, 141(4)] of the Act defines sensitive information as information relating to international relations, national defence or national security that is in the possession of the Government of Canada and that is of a type that the Government is taking measures to safeguard. As for potentially injurious information, it refers to information of a type that, if it were disclosed to the public, could injure international relations, national defence or national security. For convenience, I shall, thereafter, refer to sensitive information as including potentially injurious information.

[5] Some time in November 2002, the appellant obtained a videocassette containing excerpts of bombing missions which took place near Pale, Bosnia, in 1995. It is alleged that the bombings were carried out at the time or near the place where the hostage-taking incident occurred. As he wished to present it as evidence at his trial, the appellant, again, notified the Attorney General of his intent. The Attorney General viewed the

[édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 40; 1995, ch. 39, art. 148] du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46], sous quatre chefs d'inculpation de séquestration et de menaces de mort, chaque chef étant punissable d'emprisonnement à perpétuité. C'est au cours de son procès devant un juge et un jury, à la Cour supérieure de justice de l'Ontario, que l'appellant a demandé la communication de renseignements et de dossiers des Nations Unies, de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord, du ministère de la Défense nationale, du Service canadien du renseignement de sécurité, du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Comité international de la Croix-Rouge.

[4] Le 23 octobre 2002, l'appellant assignait, dans son procès criminel, deux témoins pour qu'ils déposent en sa faveur, et il signifiait un avis en ce sens au procureur général du Canada (le procureur général) ainsi que l'exige le paragraphe 38.01(1) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la Loi). Le procureur général s'est opposé à ces dépositions au motif qu'elles révéleraient des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables. L'article 38 [mod., *idem*, art. 43; 141(4)] de la Loi définit les renseignements sensibles comme des renseignements qui concernent les affaires internationales ou la défense ou la sécurité nationales, qui se trouvent en la possession du gouvernement du Canada et qui sont du type des renseignements à l'égard desquels celui-ci prend des mesures de protection. Quant aux renseignements potentiellement préjudiciables, il s'agit de renseignements qui, s'ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou la sécurité nationales. Par commodité, j'emploierai ci-après l'expression «renseignements sensibles» comme si elle englobait également les renseignements potentiellement préjudiciables.

[5] Au cours de novembre 2002, l'appellant a obtenu une vidéocassette contenant des extraits de missions de bombardement qui s'étaient déroulées près de Pale, en Bosnie, en 1995. Les bombardements auraient eu lieu à la date ou près de l'endroit de la prise d'otages. L'appellant souhaitait produire la vidéocassette comme preuve à son procès, et de nouveau il a informé le procureur général de son intention. Le procureur général

videocassette and refused to agree to its release. He also refused to permit witness A to testify in respect of it.

[6] Pursuant to section 38.04 [as enacted *idem*, ss. 43, 141(7)] of the Act, the appellant brought, on November 5, 2002, an application to the Federal Court—Trial Division for an order regarding the disclosure of the information revealed or to be revealed by the two witnesses. The appellant also requested that the entirety of the information at issue be disclosed. The parties tried to find a practical solution to deal with the specific problem raised by the eventual testimony of these two witnesses. On November 15, 2002, upon consent of the parties, Lutfy A.C.J. issued an order which appointed Mr. Préfontaine, counsel for the Attorney General, to act on behalf of counsel for the appellant in examining the two witnesses. The examination was to be conducted on the basis of areas of questioning identified by counsel for the appellant. Counsel for the appellant were to remain in attendance in order to provide to Mr. Préfontaine further explanations and suggestions on possible areas of questioning. This process was devised to assist the Trial Division in determining the relevancy of the two witnesses' information to the prosecution of the appellant as well as identifying the sensitive information which could not be disclosed. I should add that the process was also conceived to obviate the lack of security clearance of the appellant's counsel. Some of the information was accessible on a need to know basis only and required security clearance at the highest level. That the process so devised and followed was unusual is common ground. I shall come back to this later when I will discuss the grievances of the appellant towards that process.

[7] On December 18, 2002, the Attorney General also brought an application for an order regarding, this time, disclosure of the information contained in the videocassette. Both applications led to the two orders issued by Blanchard J. and against which the present appeal lies.

a visionné la vidéocassette et a refusé de consentir à sa communication. Il a également refusé de permettre au témoin A d'évoquer dans sa déposition la vidéocassette.

[6] En application de l'article 38.04 [édicte, *idem*, art. 43, 141(7)] de la Loi, l'appelant a demandé le 5 novembre 2002 à la Section de première instance de la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la communication des renseignements révélés ou devant être révélés par les deux témoins. L'appelant demandait aussi que soit divulguée l'intégralité des renseignements en cause. Les parties ont tenté de trouver une solution pratique au problème particulier soulevé par les éventuelles dépositions de ces deux témoins. Le 15 novembre 2002, avec le consentement des parties, le juge en chef adjoint Lutfy rendait une ordonnance qui donnait à M. Préfontaine, substitut du procureur général, le mandat d'agir au nom des avocats de l'appelant dans l'interrogatoire des deux témoins. L'interrogatoire devait se faire d'après des séries de questions formulées par les avocats de l'appelant. Les avocats de l'appelant devaient demeurer présents afin de pouvoir donner à M. Préfontaine d'autres explications et suggestions pour de possibles séries de questions. Cette méthode avait été imaginée pour aider la Section de première instance à déterminer la pertinence des dépositions des deux témoins pour la poursuite de l'appelant, ainsi que pour l'aider à circonscrire les renseignements sensibles qui ne pourraient pas être divulgués. J'ajouterais que la méthode était aussi conçue pour obvier à l'absence d'habilitations de sécurité des avocats de l'appelant. Certains des renseignements n'étaient accessibles qu'aux personnes qui de par leurs fonctions devaient en prendre connaissance, et ils exigeaient une habilitation de sécurité du niveau le plus élevé. Les parties s'accordent pour dire que la méthode ainsi imaginée et suivie était inusitée. Je reviendrai sur cet aspect plus tard lorsque j'examinerai les griefs de l'appelant à l'endroit de cette méthode.

[7] Le 18 décembre 2002, le procureur général introduisait lui aussi une demande pour que soit rendue une ordonnance concernant cette fois la divulgation des renseignements contenus dans la vidéocassette. Les deux demandes ont conduit aux deux ordonnances rendues par le juge Blanchard, contre lesquelles est interjeté le présent appel.

Submissions of counsel for the appellant

[8] Counsel for the appellant submit that the vetted information should be disclosed “where it is demonstrated that there is a reasonable possibility that the undisclosed information can be used in advancing a defence”: see appellant’s memorandum of fact and law, paragraph 59. Vetting the information in such circumstances, the allegation goes, infringes an accused’s right to full answer and defence and where such infringement occurs, the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure: *ibid.*, at paragraph 57.

[9] As for the testimony of witnesses A and B, counsel for the appellant contend first that the decision of Blanchard J. to refuse permission to the two witnesses to testify deprives the appellant of his right to call evidence necessary to establish his defence and challenge the prosecution’s evidence. They rely in support of their contention upon two decisions of the Supreme Court of Canada: *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *R. v. Seaboyer*; *R. v. Gayme*, [1991] 2 S.C.R. 577.

[10] Counsel for the appellant also submit that disclosure by the Judge of their evidence in the form of a transcript was an error because the process by which the transcript was obtained was unfair. Appellant’s counsel complain that the process denied them the possibility of leading the examination of their own witnesses, asking follow-up or supplementary questions as well as seeking clarification of the responses obtained. They also express two additional concerns. First, they fear that the transcripts might not be admitted as evidence at trial because the evidence previously taken was not taken in the presence of the accused and has not been subject to any form of cross-examination. Second, they are afraid that the trier of fact may not give sufficient weight to that evidence because of concerns about the credibility of the witnesses arising from the lack of cross-examination or opportunity to observe their demeanour. They also raise the spectre of the Crown calling *viva voce* evidence in rebuttal of the transcript evidence tendered by the accused.

Conclusions des avocats de l’appelant

[8] Selon les avocats de l’appelant, les renseignements censurés devraient être divulgués «quand il est démontré qu’il y a de bonnes chances pour que les renseignements non divulgués puissent servir à faire valoir une défense»: voir l’exposé des faits et du droit de l’appelant, paragraphe 59. Le contrôle des renseignements dans un tel cas, d’affirmer les avocats de l’appelant, porte atteinte au droit de l’accusé à une défense pleine et entière et, lorsqu’une telle atteinte se produit, l’intérêt public dans la divulgation l’emporte sur l’intérêt public dans la non-divulgation: *ibid.*, au paragraphe 57.

[9] Quant aux dépositions des témoins A et B, les avocats de l’appelant affirment d’abord que la décision du juge Blanchard de refuser aux deux témoins la permission de déposer prive l’appelant de son droit de produire la preuve nécessaire pour établir sa défense et réfuter la preuve de la poursuite. Au soutien de leur affirmation, ils s’appuient sur deux arrêts de la Cour suprême du Canada: *R. c. Rose*, [1998] 2 R.C.S. 262; *R. c. Seaboyer*; *R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577.

[10] Les avocats de l’appelant disent aussi que le juge n’aurait pas dû divulguer leur preuve sous la forme d’une transcription, parce que le moyen par lequel la transcription avait été obtenue était injuste. Les avocats de l’appelant se plaignent que la méthode employée leur a enlevé la possibilité de conduire l’interrogatoire de leurs propres témoins, de poser des questions complémentaires ou additionnelles ainsi que d’obtenir des éclaircissements sur les réponses obtenues. Ils expriment aussi deux autres préoccupations. D’abord, ils craignent que les transcriptions ne soient pas admises comme preuve au procès parce que les témoignages recueillis auparavant ne l’ont pas été en la présence de l’accusé et n’ont été soumis à aucune forme de contre-interrogatoire. Deuxièmement, ils craignent que le juge des faits n’accorde pas un poids suffisant à ces témoignages en raison de ses doutes sur la crédibilité des témoins parce qu’ils n’ont pas été contre-interrogés ou parce que le juge des faits n’a pas eu l’occasion d’observer leur comportement. Ils évoquent aussi le risque de voir la Couronne produire des témoignages de vive voix pour réfuter la preuve contenue dans la transcription que l’accusé aura déposée.

[11] I think it is fair to say at the outset that counsel for the appellant are painting the position of their client with a broad brush. In this regard, paragraphs 65-68 of their memorandum of fact and law are instructive. They assert that the Federal Court of Canada, under the new legislation enacted in the *Anti-terrorism Act* [S.C. 2001, c. 41] is no longer the final gatekeeper when it comes to disclosure of sensitive information and that the Court should leave it up to the Attorney General to issue, under section 38.13 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the Act, a certificate prohibiting disclosure of the information, as he can even in the face of a court order to disclose. In short, counsel for the appellant want all the information remaining in issue here to be released. In the name of the right to a fair trial, they invite this Court to endorse a policy of general disclosure based on mere relevancy and to leave it to the Attorney General to invoke his overriding power not to disclose. In fairness to the appellant and his counsel who do not know what is being vetted, they could not engage meaningfully in an attempt to discuss individual pieces of information that were prohibited from disclosure with a view to establishing that the necessity of their disclosure outweighs the necessity of protecting national security, national defence or international relations.

[12] Before I address the appellant's arguments against the Judge's decision, I will say a few words about the role of the reviewing court in the process established by the *Anti-terrorism Act*.

The role of the Trial Division on an application under section 38.04 of the Act for an order regarding disclosure of information

[13] I should begin by saying that the appellant has not challenged the constitutional validity of the new legislation. Therefore, I am bound to take and apply the law as it stands. The Federal Court would be remiss of its duties under the Act if it were to endorse the appellant's philosophy of general disclosure based on mere relevancy, a philosophy which can only lead to and incite fishing expeditions. The Federal Court—Trial Division

[11] Je crois qu'il est juste de dire d'entrée de jeu que les avocats de l'appellant peignent à larges traits la position de leur client. Sur ce point, les paragraphes 65 à 68 de leur exposé des faits et du droit sont instructifs. Ils disent que la Cour fédérale du Canada, selon les nouvelles dispositions édictées dans la *Loi antiterroriste* [L.C. 2001, ch. 41], n'est plus l'arbitre final quand il s'agit de la divulgation de renseignements sensibles, et que la Cour devrait laisser au procureur général le soin de délivrer, en application de l'article 38.13 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la Loi, un certificat interdisant la divulgation des renseignements, ainsi qu'il en a le pouvoir quand bien même existerait-il une ordonnance judiciaire de divulgation. En bref, les avocats de l'appellant voudraient que soient communiqués tous les renseignements restants qui sont en cause ici. Au nom du droit à un procès équitable, ils invitent la Cour à entériner un principe de divulgation générale fondé sur la simple pertinence des renseignements, et à laisser au procureur général le loisir d'invoquer son pouvoir prépondérant de faire obstacle à la divulgation. Il faudrait reconnaître, en toute équité pour l'appellant et ses avocats, qui ne savent pas quels renseignements sont censurés, qu'ils n'ont pu valablement s'exprimer sur les renseignements dont la divulgation a été interdite, afin d'établir que la nécessité de la divulgation l'emportait sur la nécessité de protéger la sécurité nationale, la défense nationale ou les relations internationales.

[12] Avant d'examiner les arguments de l'appellant à l'encontre de la décision du juge, je dirai quelques mots sur le rôle exercé par la juridiction de contrôle dans le processus établi par la *Loi antiterroriste*.

Le rôle de la Section de première instance lorsqu'il lui est demandé selon l'article 38.04 de la Loi de rendre une ordonnance portant sur la divulgation de renseignements

[13] Je commencerai par dire que l'appellant n'a pas contesté la validité constitutionnelle de la nouvelle loi. Par conséquent, je dois considérer et appliquer les règles telles qu'elles existent. La Cour fédérale manquerait à ses obligations selon la Loi si elle devait entériner le principe de divulgation générale préconisé par l'appellant et fondé sur la seule pertinence des renseignements, un principe qui ne peut qu'entraîner et encourager des

has been tasked with the difficult duty of balancing the competing public interests which, in this case, involve the protection of sensitive information and the protection of an accused's constitutional rights to a full answer and defence and to a fair trial. This is a function of the Trial Division which Blanchard J. understood well and performed with great care and full awareness of the issues at stake. A review of the transcripts of the hearing shows that he studiously and painstakingly considered each of the applicant's claims against disclosure before making his ruling.

[14] As a general rule, a person charged with a criminal offence enjoys a qualified right to disclosure of all information relevant to his or her defence. The right is qualified in that it is subject to Crown's discretion and the law and rules of privilege: see *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at page 339. Where the information to be disclosed or sought to be obtained is sensitive information, a State privilege to confidentiality and secrecy is triggered and section 38 of the Act establishes the procedure by which the privilege is to be exercised and ultimately secured.

[15] It is important to remind ourselves that proceedings initiated pursuant to section 38.04 of the Act for an order regarding disclosure of information are not judicial review proceedings. They are not proceedings aimed at reviewing a decision of the Attorney General not to disclose sensitive information. The prohibition to disclose sensitive information is a statutory one enacted by paragraph 38.02(1)(a) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the Act which reads:

38.02 (1) Subject to subsection 38.01(6), no person shall disclose in connection with a proceeding

(a) information about which notice is given under any of subsections 38.01(1) to (4);

The application to a judge of the Trial Division is an application whereby the judge is required to make an

enquête à l'aveuglette. La Section de première instance de la Cour fédérale a été chargée de la difficile tâche consistant à soulever les intérêts publics rivaux que sont ici la protection de renseignements sensibles et la protection des droits constitutionnels d'un accusé à une défense pleine et entière et à un procès équitable. C'est une fonction de la Section de première instance que le juge Blanchard a bien comprise et dont il s'est acquitté avec grand soin et une parfaite connaissance des enjeux. L'examen des transcriptions de l'audience montre que, avant de rendre sa décision, il a scrupuleusement examiné chacune des oppositions du demandeur à la divulgation.

[14] En règle générale, une personne accusée d'une infraction criminelle n'a pas un droit illimité à la divulgation de tous les renseignements intéressant sa défense. Ce droit n'est pas illimité en ce sens qu'il est subordonné au pouvoir discrétionnaire de la Couronne ainsi qu'au droit et aux règles qui régissent le privilège: voir l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, à la page 339. Lorsque les renseignements qui seront divulgués ou que l'on cherche à obtenir sont des renseignements sensibles, l'État peut invoquer le privilège de la confidentialité et du secret, et l'article 38 de la Loi établit la méthode par laquelle le privilège sera exercé et finalement reconnu.

[15] Il importe de se rappeler que la procédure introduite en application de l'article 38.04 de la Loi pour que soit rendue une ordonnance portant sur la divulgation de renseignements n'est pas une procédure de contrôle judiciaire. Ce n'est pas une procédure destinée à réformer une décision du procureur général de ne pas divulguer des renseignements sensibles. L'interdiction de divulguer des renseignements sensibles est une interdiction édictée par l'alinéa 38.02(1)a) [édicté par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la Loi, ainsi formulé:

38.02 (1) Sous réserve du paragraphe 38.01(6), nul ne peut divulguer, dans le cadre d'une instance:

a) les renseignements qui font l'objet d'un avis donné au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4);

La demande adressée à un juge de la Section de première instance est une demande par laquelle le juge est prié de

initial determination, i.e., to determine whether the statutory prohibition of disclosure should be confirmed or not: see subsection 38.06(3) [as enacted *idem*] which says that if the judge does not authorize disclosure, he or she shall, by order, confirm the prohibition of disclosure. In proceedings under section 38.04, the judge is required to make his own decision as to whether the statutory ban ought to be lifted or not and issue an order accordingly.

[16] Where a judge of the Trial Division is seized with an application for an order regarding the disclosure of sensitive information, subsection 38.04(5) stipulates that he shall hear the representations of the Attorney General and, when required, those of the Minister of National Defence concerning the identity of the persons whose interests may be affected by the eventual order regarding disclosure as well as the persons who should be notified of a hearing, if any, on the matter. The judge may decide to hold a hearing in which case he shall decide who should be given notice and who may be given an opportunity to make representations.

[17] The first task of a judge hearing an application is to determine whether the information sought to be disclosed is relevant or not in the usual and common sense of the *Stinchcombe* rule, that is to say in the case at bar information, whether inculpatory or exculpatory, that may reasonably be useful to the defence: *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at page 740. This is undoubtedly a low threshold. This step remains a necessary one because, if the information is not relevant, there is no need to go further and engage scarce judicial resources. This step will generally involve an inspection or examination of the information for that purpose. The onus is on the party seeking disclosure to establish that the information is in all likelihood relevant evidence.

[18] Where the judge is satisfied that the information is relevant, the next step pursuant to section 38.06 is to determine whether the disclosure of the information

rendre une décision initiale, c'est-à-dire de décider si l'interdiction législative de la divulgation devrait ou non être confirmée: voir le paragraphe 38.06(3) [édicte, *idem*], qui dit que, si le juge n'autorise pas la divulgation, il rend une ordonnance confirmant l'interdiction de divulgation. Dans une procédure selon l'article 38.04, le juge est tenu de décider par lui-même si l'interdiction législative doit être levée ou non et de rendre une ordonnance en conséquence.

[16] Le paragraphe 38.04(5) prévoit que, lorsqu'il est demandé à un juge de la Section de première instance de rendre une ordonnance portant sur la divulgation de renseignements sensibles, il doit entendre les observations du procureur général et, au besoin, celles du ministre de la Défense nationale, sur l'identité des personnes dont les intérêts pourraient être touchés par l'éventuelle ordonnance concernant la divulgation, ainsi que sur les personnes qui devraient être informées de la tenue d'une audience sur la question. Le juge peut décider de tenir une audience, auquel cas il décidera qui devrait en être informé et qui aura la possibilité de présenter des observations.

[17] La première tâche d'un juge qui instruit une demande consiste à dire si les renseignements dont la divulgation est demandée sont pertinents ou non, au sens habituel et courant, d'après la règle exposée dans l'arrêt *Stinchcombe*, plus précisément, dans le cas qui nous occupe, de dire si les renseignements, qu'il s'agisse d'éléments de preuve inculpatives ou disculpatives, pourraient raisonnablement être utiles pour la défense: *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, à la page 740. Il s'agit là sans aucun doute d'un seuil de faible niveau. Cette étape reste une étape nécessaire parce que, si les renseignements ne sont pas pertinents, il n'est pas nécessaire d'aller plus loin et de mobiliser des ressources judiciaires comptées. Cette étape nécessitera en général, à cette fin, une inspection ou un examen des renseignements. C'est à la partie qui demande leur divulgation qu'il appartient de prouver que les renseignements sont très probablement des éléments de preuve pertinents.

[18] Lorsque le juge est d'avis que les renseignements sont pertinents, il doit ensuite se demander, selon l'article 38.06, si la divulgation des renseignements

would be injurious to international relations, national defence or national security. This second step will also involve, from that perspective, an examination or inspection of the information at issue. The judge must consider the submissions of the parties and their supporting evidence. He must be satisfied that executive opinions as to potential injury have a factual basis which has been established by evidence: *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.), at page 895. It is a given that it is not the role of the judge to second-guess or substitute his opinion for that of the executive. As Lord Hoffmann said in *Rehman* at paragraph 62 in relation to the September 11 events in New York and Washington, referred to in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 33:

They are a reminder that in matters of national security, the cost of failure can be high. This seems to me to underline the need for the judicial arm of government to respect the decisions of ministers of the Crown on the question of whether support for terrorist activities in a foreign country constitutes a threat to national security. It is not only that the executive has access to special information and expertise in these matters. It is also that such decisions, with serious potential results for the community, require a legitimacy which can be conferred only by entrusting them to persons responsible to the community through the democratic process. If the people are to accept the consequences of such decisions, they must be made by persons whom the people have elected and whom they can remove.

[19] This means that the Attorney General's submissions regarding his assessment of the injury to national security, national defence or international relations, because of his access to special information and expertise, should be given considerable weight by the judge required to determine, pursuant to subsection 38.06(1) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43], whether disclosure of the information would cause the alleged and feared injury. The Attorney General assumes a protective role *vis-à-vis* the security and safety of the public. If his assessment of the injury is reasonable, the judge should accept it. I should add that a similar norm of reasonableness has been adopted by the House of

serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Cette deuxième étape nécessitera elle aussi, selon cette perspective, un examen ou une inspection des renseignements en cause. Le juge doit considérer les représentations des parties et les preuves qu'elles ont pour les appuyer. Il doit être convaincu que les avis du pouvoir exécutif sur le préjudice éventuel reposent sur des faits établis par la preuve: *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.), à la page 895. Il est de règle qu'il n'appartient pas au juge de reconsidérer l'avis du pouvoir exécutif ni de lui substituer son propre avis. Ainsi que le disait lord Hoffmann dans l'arrêt *Rehman*, au paragraphe 62, à propos des événements survenus le 11 septembre 2001 à New York et à Washington, un précédent mentionné dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 33:

[TRADUCTION] Ces événements nous rappellent que, en matière de sécurité nationale, le prix de l'erreur peut être très élevé. Cette constatation fait selon moi ressortir la nécessité pour le pouvoir judiciaire de respecter les décisions des ministres du gouvernement sur la question de savoir si l'appui apporté à des activités terroristes menées à l'étranger menace la sécurité nationale. Non seulement le pouvoir exécutif a accès à des sources d'information et d'expertise particulières en la matière, mais ces décisions, susceptibles d'avoir de graves répercussions sur la collectivité, doivent avoir une légitimité qui ne peut exister que si elles sont confiées à des personnes responsables devant la collectivité dans le cadre du processus démocratique. Pour que la population accepte les conséquences de ces décisions, elles doivent être prises par des personnes que la population a choisies et qu'elle peut écarter.

[19] Cela veut dire que les conclusions du procureur général concernant son évaluation du préjudice pour la sécurité nationale, la défense nationale ou les relations internationales, devraient, parce qu'il a accès à des sources particulières d'information et d'expertise, se voir accorder un poids considérable de la part du juge appelé à décider, en application du paragraphe 38.06(1) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43], si la divulgation des renseignements causerait le préjudice appréhendé. Le procureur général exerce un rôle protecteur envers la sécurité du public. Si l'évaluation qu'il fait du préjudice est raisonnable, le juge doit l'accepter. J'ajouterais que la Chambre des lords a adopté une norme similaire en

Lords: see *Rehman* at paragraph 55 where Lord Hoffmann mentions that the Special Immigration Appeals Commission may reject the Home Secretary's opinion when it was "one which no reasonable minister advising the Crown could in the circumstances reasonably have held".

[20] An authorization to disclose will issue if the judge is satisfied that no injury would result from public disclosure. The burden of convincing the judge of the existence of such probable injury is on the party opposing disclosure on that basis.

[21] Upon a finding that disclosure of the sensitive information would result in injury, the judge then moves to the final stage of the inquiry which consists in determining whether the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure. The party seeking disclosure of the information bears the burden of proving that the public interest scale is tipped in its favour.

[22] Balancing the competing interests at stake requires the application of a more stringent test than the usual relevancy rule. Otherwise, as evidenced by the appellant's position, relevant sensitive information would always be disclosed to the detriment of international relations, national defence or national security. It means in effect no balancing at all. This is what this Court said in the civil case of *Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)* (2002), 299 N.R. 154 (F.C.A.) where Stone J.A., in relation to former sections 37 and 38 of the Act, wrote at paragraphs 17 and 18:

Thus, whether a question is relevant in the context of a section 37 and 38 determination is not to be viewed in the narrow sense of whether it is relevant to an issue pleaded, but rather to its relative importance in proving the claim or in defending it.

I respectfully agree with the Motions Judge, at paragraph 28, that "the information which the plaintiffs seek to obtain

matière d'évaluation raisonnable: voir l'arrêt *Rehman* au paragraphe 55, où lord Hoffmann précise que la Commission spéciale des appels en matière d'immigration peut rejeter l'avis du ministre de l'Intérieur lorsque c'est un avis [TRADUCTION] «auquel aucun ministre raisonnable conseillant la Couronne n'aurait pu raisonnablement arriver, eu égard aux circonstances».

[20] Une autorisation de divulgation sera donnée si le juge est persuadé qu'aucun préjudice ne résulterait d'une divulgation publique des renseignements. C'est à la partie qui s'oppose à la divulgation en alléguant un éventuel préjudice qu'il appartient de convaincre le juge de la probabilité de ce préjudice.

[21] Après qu'il est arrivé à la conclusion que la divulgation des renseignements sensibles entraînerait un préjudice, le juge passe alors à l'étape finale de l'enquête, qui consiste à dire si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation. La partie qui demande la divulgation des renseignements doit apporter la preuve que l'intérêt public milite en sa faveur.

[22] Soupeser les intérêts rivaux en jeu requiert l'application d'un critère plus rigoureux que la règle habituelle de la pertinence des renseignements. Autrement, ainsi que l'atteste la position de l'appelant, des renseignements sensibles pertinents seront toujours divulgués, au détriment des relations internationales, de la défense nationale ou de la sécurité nationale. Dans les faits, cela veut dire que les intérêts ne sont pas soupesés. C'est ce que notre Cour disait dans l'affaire civile *Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)* (2002), 299 N.R. 154 (C.A.F.), où le juge Stone, J.C.A., écrivait, aux paragraphes 17 et 18, à propos des anciens articles 37 et 38 de la Loi:

Par conséquent, la question de savoir si une question est pertinente dans le contexte d'une décision fondée sur l'article 37 et 38 ne doit pas être considérée comme se rapportant strictement à la question de savoir si elle se rapporte à un point qui a été plaidé, mais plutôt à son importance relative lorsqu'il s'agit de prouver la demande ou de se défendre.

Je suis d'accord avec le juge des requêtes lorsqu'il dit, au paragraphe 28, que «les renseignements que les demandeurs

will not establish a fact crucial to the plaintiffs' case". As I read his reasons, this was a significant factor in determining whether the importance of disclosure was outweighed by the importance of protecting the specified public interest.

The Court considered the factors enumerated in *Kahn v. Canada*, [1996] 2 F.C. 316 (T.D.): the nature of the public interest sought to be protected by confidentiality, the seriousness of the charge or issues involved, the admissibility of the documentation and the usefulness of it, whether there were other reasonable ways of obtaining the information, whether the disclosure sought amounted to general discovery or a fishing expedition and whether the information will probably establish a fact crucial to the defence. Obviously, the last two factors impose a higher threshold than simple relevancy.

[23] Counsel for the Attorney General submits that, when balancing in criminal law the State privilege to secrecy and confidentiality against the right to a full answer and defence, the test is even more stringent than the probability of establishing a fact crucial to the defence. He relies upon the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Leipter*, [1997] 1 S.C.R. 281 in which the accused seeking disclosure of details of an informer telephone tip to the police was confronted with the rule of informer privilege. The accused's claim to disclosure was based on his right to full answer and defence: see also *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185 involving a solicitor-client privilege.

[24] After a review of the importance to the administration of justice and the scope of the informer privilege, McLachlin J., as she then was, wrote for a unanimous Court in *Leipter*, at paragraph 20:

Informer privilege is subject only to one exception, known as the "innocence at stake" exception.

cherchent à obtenir n'établiront pas un fait crucial pour leur argumentation». Selon l'interprétation que je donne aux motifs du juge, ce facteur est important lorsqu'il s'agit de déterminer si des raisons d'intérêt public déterminées l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation.

La Cour a examiné les facteurs énumérés dans l'affaire *Kahn c. Canada*, [1996] 2 C.F. 316 (1^{re} inst.): la nature de l'intérêt public que l'on cherche à protéger par la confidentialité, la gravité de l'accusation ou des questions concernées, l'admissibilité des documents et leur utilité, la question de savoir s'il y avait d'autres moyens raisonnables d'obtenir les renseignements, la question de savoir si la divulgation demandée visait la communication de certains documents ou constituait un interrogatoire à l'aveuglette, et la question de savoir si les renseignements sont susceptibles d'établir un fait crucial pour la défense. À l'évidence, les deux derniers facteurs imposent un seuil plus élevé que la simple pertinence.

[23] Selon le substitut du procureur général, lorsque, en droit criminel, on soupèse d'une part le privilège de l'État d'invoquer le caractère secret et la confidentialité d'éléments de preuve et d'autre part le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, le critère est encore plus rigoureux que le point de savoir si les renseignements établiront probablement un fait essentiel pour la défense. Il se fonde sur l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Leipter*, [1997] 1 R.C.S. 281, où l'accusé, qui voulait obtenir des détails sur une information qu'un indicateur avait communiquée à la police par téléphone, s'était heurté à la règle du privilège de l'indicateur de police. La demande de divulgation faite par l'accusé reposait sur son droit à une défense pleine et entière. Voir aussi l'arrêt *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, qui concernait le privilège du secret professionnel de l'avocat.

[24] Après examen de l'importance du privilège des indicateurs de police pour l'administration de la justice, et examen du champ de ce privilège, la juge McLachlin (son titre à l'époque), rédigeant l'arrêt unanime de la Cour suprême, écrivait, au paragraphe 20 de l'arrêt *Leipter*:

Le privilège relatif aux indicateurs de police ne souffre qu'une exception, celle concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé.

She went on to say at paragraph 28 that "the only exception to the privilege is found where there is a basis to conclude that the information may be necessary to establish the innocence of the accused".

[25] Not surprisingly, counsel for the appellant argue that this informer privilege falls in a different class and that the rationale governing its contents and application is not the same as the one invoked in the present case. Counsel for the Attorney General submits that whether it is informer privilege, solicitor-client privilege or State secrecy privilege, all these privileges are governed by the law and the rules of privilege. They are fundamental to the basic values that each one of them protects and promotes. So the information that they protect can only be disclosed when the innocence of the accused is at stake.

[26] There is certainly a very important feature of the informer and the State secrecy privileges that is common to both. The informer privilege's purpose is to protect the safety and the security of the informer: part of the State secrecy privilege invoked in the case at bar aims at protecting the safety and the security of a whole nation. As Lord Hoffmann, previously cited, mentioned, the cost of failure can be high if matters of national security are ignored or taken lightly.

[27] Be that as it may, it is not necessary in this case to determine whether the more stringent test developed in criminal law should apply although, in view of the important feature common to both privileges, I would be inclined to apply that test at least in respect of matters affecting national security or national defence. I am also sensitive to, and cannot ignore, the fact that prejudice to international relations may be of such a nature and magnitude as to compromise national security or defence. It appears that Blanchard J. applied the test developed in the civil case of *Pereira* which is more favourable to the appellant. For reasons that I will explain later, I will review his decision and the sensitive information at issue on that basis.

Puis elle écrivait, au paragraphe 28 que «la seule exception [au privilège] est le cas où il y a un motif de conclure que les renseignements en cause peuvent être nécessaires pour établir l'innocence de l'accusé».

[25] Comme on pouvait s'y attendre, les avocats de l'appellant font valoir que ce privilège des indicateurs de police entre dans une catégorie différente et que la motivation qui régit son contenu et son application n'est pas la même que la motivation invoquée en l'espèce. Selon le substitut du procureur général, qu'il s'agisse du privilège relatif aux indicateurs de police, du privilège des communications entre l'avocat et son client ou du privilège relatif aux secrets d'État, tous ces privilèges sont régis par le droit et par les règles du privilège. Ils sont à la base des valeurs que chacun d'eux protège et fait prévaloir. Les renseignements qu'ils protègent ne peuvent donc être divulgués que lorsque l'innocence de l'accusé est en jeu.

[26] Il y a certainement, dans le privilège relatif aux indicateurs de police et dans le privilège relatif aux secrets d'État, un aspect très important qui est commun aux deux privilèges. L'objet du privilège des indicateurs de police est de préserver la sécurité de l'indicateur: une partie du privilège de l'État invoqué ici vise à préserver la sécurité de toute une nation. Ainsi que le disait lord Hoffmann, cité précédemment, le prix d'une erreur peut être élevé si les questions de sécurité nationale sont ignorées ou prises à la légère.

[27] Quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire ici de dire si le critère plus rigoureux élaboré en droit criminel devrait s'appliquer, bien que, vu l'importante caractéristique commune aux deux privilèges, j'incline à appliquer ce critère, du moins en ce qui concerne les aspects intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale. Je reconnais aussi, et ne puis ignorer, le fait que le préjudice pour les relations internationales peut présenter un caractère et une ampleur de nature à mettre en péril la sécurité nationale ou la défense nationale. Il semble que le juge Blanchard a appliqué le critère élaboré dans l'affaire civile *Pereira* un critère qui est plus favorable à l'appellant. Pour les motifs que j'expliquerai plus loin, j'examinerai sur cette base sa décision et les renseignements sensibles en cause.

[28] I cannot leave this topic without addressing two concerns other than an alleged violation of the appellant's right to full answer and defence that the new scheme, enacted to protect State secrecy privilege, raises with respect to persons charged with a criminal offence. The first one was alluded to briefly by counsel for the appellant in their submissions before us.

[29] As the present case illustrates, the whole process leading to the determination of the State secrecy privilege compels an accused to reveal his defence and disclose information that supports that defence. As a general rule, there is no obligation to disclose imposed upon an accused in criminal law. In this regard, Sopinka J. wrote in *Stinchcombe*, at page 333:

In contrast, the defence has no obligation to assist the prosecution and is entitled to assume a purely adversarial role toward the prosecution. The absence of a duty to disclose can, therefore, be justified as being consistent with this role.

This absence of duty is consistent with the presumption of innocence and an accused's right to silence. Like any rule, it suffers some exceptions dictated at times by rules of expediency. For example, a defence of alibi must be disclosed in sufficient time and with sufficient particularity to enable the authorities to meaningfully investigate. Otherwise, an adverse inference can be drawn at trial by the trier of fact when weighing the alibi evidence: *R. v. Cleghorn*, [1995] 3 S.C.R. 175.

[30] The legislative exception created in the present case by section 38 of the Act is justified by the need to balance competing interests and to offer an accused an appropriate forum for adjudication of the debated issue as well as for subsequent reviews. It is of fundamental importance to note that disclosure of the sensitive information that the appellant wants to rely upon is not made to the prosecution, but, under the seal of absolute confidentiality, to the Attorney General and a designated judicial forum where the matter will be decided in private. It is therefore not a disclosure which violates an

[28] Je ne puis laisser ce sujet sans aborder deux aspects autres que la possible violation du droit de l'appelant à une défense pleine et entière, aspects que le nouveau régime, édicté pour protéger le privilège de la Couronne, fait naître en ce qui concerne les personnes accusées d'une infraction criminelle. Le premier aspect a été évoqué brièvement par les avocats de l'appelant dans les représentations qu'ils nous ont faites.

[29] Ainsi que le montre la présente affaire, le processus tout entier qui conduit à déterminer s'il existe un privilège relatif aux secrets d'État force un accusé à révéler ses moyens de défense et à divulguer des renseignements qui appuient tels moyens de défense. En règle générale, aucune obligation de divulgation n'est imposée à un accusé en droit criminel. Sur ce point, le juge Sopinka écrivait dans l'arrêt *Stinchcombe*, à la page 333:

La défense, par contre, n'est nullement tenue d'aider la poursuite et il lui est loisible de jouer purement et simplement un rôle d'adversaire à l'égard de cette dernière. L'absence d'une obligation de divulguer peut donc se justifier comme étant compatible avec ce rôle.

Cette absence d'obligation de divulgation s'accorde avec la présomption d'innocence et avec le droit de l'accusé de garder le silence. Comme toute règle, elle souffre certaines exceptions, dictées parfois par des règles de convenance. Par exemple, une défense d'alibi doit être divulguée suffisamment tôt et avec un niveau de détail suffisant pour permettre aux autorités d'enquêter utilement. Autrement, une conclusion défavorable pourra être tirée au procès par le juge des faits lorsqu'il appréciera la preuve de l'alibi: *R. c. Cleghorn*, [1995] 3 R.C.S. 175.

[30] L'exception législative établie en l'espèce par l'article 38 de la Loi est justifiée par la nécessité de soupeser des intérêts rivaux et d'offrir à un accusé une tribune adéquate pour la solution du point contesté ainsi que pour des révisions ultérieures. Il est extrêmement important de signaler que la divulgation des renseignements sensibles sur lesquels entend se fonder l'appelant n'est pas une divulgation faite à la poursuite, mais une divulgation faite, sous le sceau de la confidentialité absolue, au procureur général et à une instance judiciaire désignée où l'affaire sera décidée à

accused's right to silence and the presumption of innocence in criminal proceedings. In addition, as the appellant requests in the present instance, this Court has the authority to issue an order that none of the information disclosed in the context of the section 38 process be released to the prosecution without the consent of the defence. In my view, sufficient and adequate guarantees are offered by the system which protect an accused's right not to disclose to the prosecution his defence.

[31] The second concern relates to the presumption of innocence. An accused is not a compellable witness and, as mentioned by Sopinka J. [in *Stinchcombe*], is entitled not to assist the prosecution. In other words, he has the right to remain silent and no adverse comment can be made on his silence: *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874; see also Cournoyer et Ouimet, *Code criminel annoté 2003*, Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2002, at pages 1329-1332. This is because the prosecution bears the burden of proving his guilt beyond reasonable doubt.

[32] When balancing competing public interests in a case like this one where a person faces criminal charges, the judge must ensure that his order prohibiting disclosure does not result in his compelling the accused to take the stand to defend himself, thereby depriving him of the benefit of the presumption of innocence and of his right to remain silent. It is with this additional concern in mind that we have reviewed the orders of Blanchard J. regarding the vetted information, the prohibition to testify against witnesses A and B, and the form in which the information obtained from their testimony at the examination for discovery has been authorized to be disclosed.

Analysis of the Judge's orders

[33] The Act contemplates two possible roles for the Federal Court of Appeal: one of review and one of appeal. Under section 38.08 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43], the judge of the Trial Division who

huit clos. Ce n'est donc pas une divulgation qui contrevient au droit d'un accusé de se taire, ou à la présomption d'innocence en matière criminelle. De plus, ainsi que le demande l'appelant dans la présente affaire, la Cour a le pouvoir d'ordonner qu'aucun des renseignements divulgués dans le contexte du processus de l'article 38 ne soit communiqué à la poursuite sans le consentement de la défense. À mon avis, le système offre des garanties suffisantes et adéquates qui protègent le droit d'un accusé de ne pas divulguer ses moyens de défense à la poursuite.

[31] Le deuxième aspect concerne la présomption d'innocence. Un accusé n'est pas un témoin contraignable et, comme le disait le juge Sopinka [dans l'arrêt *Stinchcombe*] il a le droit de ne pas aider la poursuite. En d'autres termes, il a le droit de rester silencieux, et aucun commentaire défavorable ne peut résulter de son silence: *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874; voir aussi Cournoyer et Ouimet, *Code criminel annoté 2003*, Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2002, aux pages 1329 à 1332. S'il en est ainsi, c'est parce que c'est la poursuite qui a la charge de prouver sa culpabilité au-delà du doute raisonnable.

[32] Lorsque l'on soupèse des intérêts publics rivaux dans un cas comme celui-ci, où une personne fait face à des accusations criminelles, le juge doit s'assurer que son ordonnance interdisant la divulgation de renseignements n'a pas pour résultat de forcer l'accusé à venir à la barre pour se défendre, le privant ainsi du bénéfice de la présomption d'innocence et de son droit de demeurer silencieux. C'est avec cette appréhension additionnelle à l'esprit que nous avons examiné les ordonnances du juge Blanchard concernant les renseignements censurés, l'interdiction de témoigner prononcée contre les témoins A et B, et la forme dans laquelle la divulgation des renseignements obtenus de leurs dépositions lors de l'interrogatoire préalable a été autorisée.

Analyse des ordonnances du juge

[33] La Loi envisage deux rôles possibles pour la Cour d'appel fédérale: un rôle d'examen et un rôle d'appel. Selon l'article 38.08 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43], si le juge de la Section de première instance conclut

determines that a party to the proceedings, whose interests are adversely affected by an order made regarding disclosure, was not given the opportunity to make representations shall refer the order to the Federal Court of Appeal for review. I need not decide here whether this process involves simply a review of the legality of the order or whether the Court of Appeal shall hear the representations of the party and then proceed to render the decision that should have been rendered. Section 38.09 [as enacted *idem*] provides for a right of appeal against an order made under any of subsections 38.01(1) to (3). We are concerned here with an appeal pursuant to section 38.09.

(a) The standard of review of the Judge's orders

[34] Subsection 38.06(2) that I reproduce hereinafter is an empowering provision:

38.06

(2) If the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security but that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, the judge may by order, after considering both the public interest in disclosure and the form of and conditions to disclosure that are most likely to limit any injury to international relations or national defence or national security resulting from disclosure, authorize the disclosure, subject to any conditions that the judge considers appropriate, of all of the information, a part or summary of the information, or a written admission of facts relating to the information.

[35] As previously mentioned, section 38.02 of the Act enacts a general prohibition against disclosure. Subsection 38.06(2) authorizes the judge to disclose sensitive information, which would otherwise be kept secret, when the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure. The use of the word "may" is not indicative of a discretion as counsel for the Attorney General suggests. It is indicative of an attribution of a power to derogate from a general prohibition to disclose privileged information. As this Court said in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589 (C.A.), at paragraph 55, quoting Thorson J.A. in *Falconbridge Nickel Mines Ltd. and Minister of Revenue for Ontario, Re* (1981), 121 D.L.R.

qu'une partie à l'instance dont les intérêts sont lésés par une ordonnance rendue concernant la divulgation n'a pas eu la possibilité de présenter ses observations, il renvoie l'ordonnance à la Cour d'appel fédérale pour examen. Je n'ai pas à décider ici si ce processus consiste simplement à examiner la légalité de l'ordonnance, ou si la Cour d'appel devra entendre les observations de la partie concernée, puis rendra la décision qui aurait dû être rendue. L'article 38.09 [édicte, *idem*] prévoit un droit d'appel à l'encontre d'une ordonnance rendue en vertu de l'un quelconque des paragraphes 38.01(1) à (3). Nous avons ici affaire à un appel interjeté conformément à l'article 38.09.

a) La norme de contrôle applicable aux ordonnances du juge

[34] Le paragraphe 38.06(2), que je reproduis ci-après, est une disposition habilitante:

38.06 [. . .]

(2) Si le juge conclut que la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés.

[35] Comme je l'ai dit précédemment, l'article 38.02 de la Loi énonce une interdiction générale de divulgation. Le paragraphe 38.06(2) autorise le juge à divulguer des renseignements sensibles, qui seraient autrement tenus secrets, lorsque les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation. L'emploi du mot «peut» n'exprime pas un pouvoir discrétionnaire contrairement à ce que pense le substitut du procureur général. Il exprime l'attribution d'un pouvoir de déroger à l'interdiction générale de divulguer des renseignements privilégiés. Ainsi que le disait la Cour dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589 (C.A.), au paragraphe 55, citant le

(3d) 403 (Ont. C.A.), at page 408:

In some contexts, of course, the word “may” is neither necessarily permissive nor necessarily imperative, but rather merely empowering. Its function is to empower some person or authority to do something which, otherwise, that person or authority would be without any power to do.

[36] The power conferred by subsection 38.06(2) can be exercised when the conditions are met, that is to say in this case when the public interest in disclosure is greater than the public interest in keeping the information secret. The definition of the scope of the power involves a question of law. The scope of the power is determined by answering questions as to what is the subject of the power, who may exercise it, when, why, how and under what conditions. Thus, the decision which misconstrues or misconceives the “what”, i.e., the competing interests, is legally an erroneous decision. The same is true of a decision which authorizes disclosure of sensitive information where the judge erroneously believed that the requisite legal conditions for disclosure are met when they are not. Such a decision extends the scope of the power beyond what is legally authorized. In the same vein, it is also an error of law to apply a wrong standard in balancing the interests at stake and, from there, to conclude that the conditions for the exercise of the power are met. All these decisions relating to the scope of the power are reviewable on a standard of correctness: see *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235.

[37] In exercising the power to authorize disclosure and before authorizing disclosure, the judge while bearing in mind the public interest in disclosure must ensure that the form of and conditions to disclosure are most likely to limit any injury to national security, national defence or international relations resulting from disclosure. The judge must resort to the means that are the least prejudicial to these interests. Parliament’s intent is clear: any injury ought to be limited as much as possible and appropriate measures ought to be taken to that end, that is to say measures that are most likely to

juge Thorson dans l’affaire *Falconbridge Nickel Mines Ltd. and Minister of Revenue for Ontario, Re* (1981), 121 D.L.R. (3d) 403 (C.A. Ont.), à la page 408:

[TRADUCTION] Dans certains contextes, bien sûr, le mot «*may*» n’exprime pas nécessairement une faculté ou une obligation, mais il confère plutôt un pouvoir. Sa fonction est de conférer à une personne ou à une autorité le pouvoir de faire quelque chose que celle-ci n’aurait autrement pas le pouvoir de faire.

[36] Le pouvoir conféré par le paragraphe 38.06(2) peut être exercé lorsque les conditions sont remplies, c’est-à-dire, en l’espèce, lorsque les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation sont supérieures aux raisons d’intérêt public qui justifient la non-divulgation. La définition de l’étendue du pouvoir est une question de droit. L’étendue du pouvoir est déterminée par les réponses aux questions suivantes: quel est l’objet du pouvoir, qui peut l’exercer, quand, pourquoi, comment et à quelles conditions? Ainsi, la décision qui atteste une mauvaise interprétation ou une mauvaise compréhension du «*quoi*», c’est-à-dire des intérêts rivaux, est juridiquement une décision erronée. Il en va de même d’une décision qui autorise la divulgation de renseignements sensibles lorsque le juge a cru à tort que les conditions juridiques préalables de la divulgation sont remplies quand elles ne le sont pas. Une telle décision élargit le champ du pouvoir au-delà de ce qui est juridiquement autorisé. Dans la même veine, c’est également une erreur de droit que d’appliquer une mauvaise norme lorsqu’on soupèse les intérêts en cause et, à partir de là, de conclure que les conditions de l’exercice du pouvoir sont remplies. Toutes les décisions qui se rapportent au champ du pouvoir sont réformables selon la norme de la décision correcte: voir l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235.

[37] Dans l’exercice du pouvoir d’autoriser la divulgation, et avant d’autoriser la divulgation, le juge doit, tout en gardant à l’esprit les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation, s’assurer que la forme et les conditions de la divulgation ont toutes les chances de limiter le préjudice à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales par suite de la divulgation. Le juge doit recourir aux moyens qui sont les moins susceptibles de préjudicier à tels intérêts. L’intention du législateur est claire: tout préjudice doit être limité autant que cela est possible, et des mesures

produce that result.

[38] The objective sought by Parliament in imposing this duty on the judge is paramount. It delimits the scope of the judge's power to authorize disclosure of sensitive information by imposing conditions for a lawful exercise of that power and issuance of the authorization to disclose. Thus, in my view, erroneous decisions as to the form of disclosure as well as to the conditions of such disclosure amount to errors in law as to the definition of the scope of the power. They too stand to be reviewed on a standard of correctness.

[39] Having decided that the conditions to authorize disclosure of the sensitive information are met and, therefore, that an authorization to disclose will issue, the judge is given by subsection 38.06(2) the power to subject the authorization to disclose to "any conditions that [he] considers appropriate". The judge is invested by these terms with a wide discretion in the choice of conditions that can be attached to the authorization to disclose. The exercise of that discretion may be reviewed when the judge fails to act judicially or in conformity with the law. On the basis of these principles I now address the complaints made by counsel for the appellant against the Judge's decision and orders.

(b) The vetted information in the testimonies of the two witnesses at their examination for discovery

[40] The Judge reviewed the 555 pages of the unexpurgated transcript of that examination. He classified the information thus revealed into three categories:

- (a) not relevant at trial;
- (b) relevant but need not be disclosed; and
- (c) relevant and required to be disclosed.

adéquates doivent être prises à cette fin, c'est-à-dire des mesures qui sont les plus susceptibles de produire ce résultat.

[38] L'objectif que recherche le législateur en imposant cette obligation au juge est primordial. Il délimite le champ du pouvoir du juge d'autoriser la divulgation de renseignements sensibles, et cela en imposant les conditions d'un exercice licite de ce pouvoir et d'une délivrance de l'autorisation de divulguer. Ainsi, à mon avis, les décisions erronées sur la forme de la divulgation ainsi que sur les conditions de telle divulgation équivalent à des erreurs de droit dans la définition de l'étendue du pouvoir. Ces erreurs sont elles aussi réformables selon la norme de la décision correcte.

[39] Après avoir décidé que les conditions préalables à une autorisation de divulgation des renseignements sensibles sont remplies et, par conséquent, qu'une autorisation de divulgation sera accordée, le juge est investi par le paragraphe 38.06(2) du pouvoir de subordonner l'autorisation de divulguer aux «conditions qu'il estime indiquées». Le juge est investi par cette disposition d'un large pouvoir discrétionnaire dans le choix des conditions qui peuvent être attachées à l'autorisation de divulguer. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est révisable lorsque le juge n'agit pas d'une manière judiciaire ou en conformité avec la loi. Eu égard à ces principes, j'examinerai maintenant les griefs des avocats de l'appelant à l'encontre de la décision et des ordonnances du juge.

b) Les renseignements censurés contenus dans les dépositions des deux témoins lors de leur interrogatoire préalable

[40] Le juge a examiné les 555 pages de la transcription non expurgée de cet interrogatoire. Il a classé en trois catégories les renseignements ainsi révélés:

- a) les renseignements qui n'intéressent pas le procès;
- b) les renseignements qui intéressent le procès mais qu'il n'est pas nécessaire de divulguer; et
- c) les renseignements qui intéressent le procès et qui doivent être divulgués.

The information in category (b) which is the vetted information is, of course, in issue. Some information in category (c) is also in issue because the category also relates to information that could be released at the appellant's criminal trial if the two witnesses were authorized to testify. In other words, counsel for the appellant complain that they would be able to elicit more information from these witnesses if they were authorized to question them instead of merely using the transcript as ordered by the Judge. I shall address this last issue when dealing with the form of disclosure.

[41] We have reviewed carefully the vetted information. Most of it falls into the category of information not relevant at trial. Some, as the Judge pointed out, may be relevant in that it could assist the jury in putting into proper context the events leading to the hostage taking. However, that information is not necessary because, as the Judge said at paragraph 26 of his decision [order of January 9, 2003], "there is sufficient information released to the applicant in the expurgated transcripts to inform the jury of the context in which the events leading up to the hostage taking and the hostage taking occurred". Moreover, the vetted sensitive information is neither necessary (*Leipert* test) nor crucial (*Pereira* test) to the defences raised by the appellant. We agree with the Judge that, for the purposes of these defences, the expurgated transcripts reflect fairly the nature and substance of the testimony of the two witnesses and that the vetted information would not be helpful: see paragraph 27 of his decision. We have not seen anything in the vetted information which, because of its non-disclosure, would violate the presumption of innocence and compel the accused to testify.

(c) The fairness of the process followed to balance the competing interests

[42] The process followed in the present instance was unusual. It is certainly unusual for counsel to an accused

Les renseignements de la catégorie b), qui sont les renseignements censurés, sont naturellement litigieux. Certains renseignements de la catégorie c) sont également litigieux, parce que la catégorie englobe aussi les renseignements qui pourraient être communiqués au procès criminel de l'appelant si les deux témoins étaient autorisés à déposer. En d'autres termes, les avocats de l'appelant croient qu'ils seraient en mesure d'obtenir davantage de renseignements de ces témoins s'ils étaient autorisés à les interroger plutôt que simplement utiliser la transcription ainsi que l'a ordonné le juge. J'examinerai ce dernier point quand j'aborderai la forme de la divulgation.

[41] Nous avons scrupuleusement passé en revue les renseignements censurés. La plupart d'entre eux entrent dans la catégorie des renseignements qui n'intéressent pas le procès. Certains d'entre eux, ainsi que le juge l'a fait observer, peuvent présenter de l'intérêt en ce sens qu'ils pourraient aider le jury à considérer dans leur contexte les événements qui ont conduit à la prise d'otages. Cependant, ces renseignements ne sont pas nécessaires parce que, ainsi que l'a dit le juge au paragraphe 26 de sa décision [ordonnance du 9 janvier 2003], [TRADUCTION] «les renseignements communiqués au demandeur dans les transcriptions expurgées sont suffisants pour informer le jury du contexte dans lequel se sont déroulés les événements qui ont conduit à la prise d'otages, de même que la prise d'otages elle-même». Par ailleurs, les renseignements sensibles qui ont été censurés ne sont ni nécessaires (critère de l'arrêt *Leipert*) ni cruciaux (critère de l'arrêt *Pereira*) pour les moyens de défense soulevés par l'appelant. Nous reconnaissons avec le juge que, aux fins de ces moyens de défense, les transcriptions expurgées rendent compte adéquatement de la nature et de la substance des dépositions des deux témoins, et que les renseignements censurés ne seraient pas utiles: voir le paragraphe 27 de sa décision. Nous n'avons vu, dans les renseignements censurés, rien qui, en raison de leur non-divulgation, contreviendrait à la présomption d'innocence et forcerait l'accusé à témoigner.

c) L'équité de la méthode employée pour sopeser les intérêts rivaux

[42] La méthode employée dans la présente affaire était inhabituelle. Il est certainement inhabituel pour

to have two of their witnesses examined by another lawyer acting on their behalf. It is also unusual that this lawyer acting on their behalf be a counsel to the Attorney General who, in this case, instead of the Attorney General for Ontario, leads the prosecution against their client. But “unusual” is not necessarily synonymous with “unfair”. The process was dictated by urgency and necessity.

[43] First, the issue of sensitive information arose in mid-trial of the appellant. The criminal trial had to be adjourned for a determination of the accused’s right of access to the privileged information. In the meantime, the jury was kept waiting. The applicable legislation was new and a solution had to be found quickly.

[44] Second, there were very few lawyers available with the level of security clearance needed to access the sensitive information at issue. Out of necessity and convenience, the parties agreed that Mr. Préfontaine who is counsel to the Attorney General, but not involved in the prosecution of the appellant, would provide the services that he did. I want to make it clear that there is no complaint at all from counsel for the appellant as to the professional and responsible manner in which Mr. Préfontaine performed his duties. The appellant’s complaint, as we shall see, is about the process itself which, it bears repeating, was a process devised and accepted by the parties.

[45] There is no magical solution when one is confronted with sensitive information and access to it is extremely limited for security reasons. A process similar to the one followed here was advocated by the House of Lords in *Reg. v. Shayler*, [2002] 2 W.L.R. 754. At pages 786 and 799, Lord Hope of Craighead and Lord Hutton referred to the fact that the European Court of Human Rights has recognized the special problems posed by national security and the value attached to a process which ensures that disclosure is monitored by a judge. Lord Hutton also took into account the decision of the European Court in *Tinnelly & Sons Ltd. v. United Kingdom* (1998), 27 EHRR 249 where the Court noted that [at paragraph 78] “it has been found possible to modify judicial procedures in such a way as to safeguard

l’avocat d’un accusé de faire interroger deux de ses témoins par un autre avocat agissant en son nom. Il est également inhabituel que cet avocat agissant en son nom soit un substitut du procureur général qui, en l’occurrence, au lieu du procureur général de l’Ontario, conduit la poursuite contre son client. Mais «inhabituel» ne veut pas nécessairement dire «injuste». La méthode était dictée par l’urgence et la nécessité.

[43] D’abord, la question des renseignements sensibles s’est posée au milieu du procès de l’appelant. Le procès criminel a dû être ajourné pour permettre de déterminer le droit de l’accusé d’accéder aux renseignements privilégiés. Dans l’intervalle, le jury a été prié d’attendre. La loi applicable était nouvelle et une solution devait être trouvée rapidement.

[44] Deuxièmement, il y avait très peu d’avocats possédant le niveau d’habilitation de sécurité nécessaire pour accéder aux renseignements sensibles en cause. Par nécessité et par commodité, les parties se sont entendues pour que M. Préfontaine, qui est substitut du procureur général, mais qui n’est pas concerné par la poursuite de l’appelant, fournisse les services qu’il a fournis. Je voudrais souligner ici que les avocats de l’appelant n’ont absolument rien à redire au professionnalisme et au sens des responsabilités dont a fait preuve M. Préfontaine dans l’accomplissement de ses tâches. Le grief de l’appelant, comme nous le verrons, concerne le processus lui-même, qui, il convient de le rappeler, était un processus imaginé et accepté par les parties.

[45] Il n’y a pas de solution magique lorsque l’on a affaire à des renseignements sensibles et que l’accès à tels renseignements est extrêmement restreint pour des raisons de sécurité. Un processus semblable à celui qui a été employé ici a été défendu par la Chambre des lords dans l’arrêt *Reg. v. Shayler*, [2002] 2 W.L.R. 754. Aux pages 786 et 799, lord Hope of Craighead et lord Hutton disent que la Cour européenne des droits de l’homme a reconnu les problèmes particuliers liés à la sécurité nationale, ainsi que la valeur attachée à un processus selon lequel la divulgation est contrôlée par un juge. Lord Hutton a également pris en compte l’arrêt rendu par la Cour européenne dans l’affaire *Tinnelly & Sons Ltd. c. Royaume-Uni* (1998), 27 EHRR 249, où la Cour européenne faisait observer [au paragraphe 78] que «la

national security concerns about the nature and sources of intelligence information and yet accord the individual a substantial degree of procedural justice". At page 800, he went on to state that "a possible course might be for the judge to appoint a special counsel to represent the interests of the person seeking disclosure". This is precisely what was done here to ensure that the appellant would obtain disclosure of all sensitive information that could be disclosed without unduly compromising national security, national defence or international relations. Creativity often carries their proponents into the realm of the unusual, as it did here, but I am satisfied that fairness accompanied them throughout their journey.

[46] I should conclude on this issue by saying that there is no merit in the appellant's complaint that his counsel were denied the possibility of asking supplementary or follow-up questions. Tabs 10 and 12 of Volume 1 of the Appeal Books contain lists of supplementary questions that were submitted by counsel for the appellant.

(d) The form of disclosure of the two witnesses' testimonies and the prohibition to testify

(i) the right to call evidence

[47] It should be recalled that the Judge prohibited the two appellant's witnesses from testifying at his trial, but authorized disclosure of an expurgated transcript of their testimonies given before the Federal Court—Trial Division. As previously mentioned, counsel for the appellant based their submissions on the decisions of the Supreme Court of Canada in *Rose and Seaboyer* previously cited. With respect to the *Rose* case, they referred us to the following excerpts from paragraphs 98 and 103 of the decision:

The right to make full answer and defence is protected under s. 7 of the *Charter*. It is one of the principles of fundamental justice. In *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 336, Sopinka J., writing for the Court, described this right as "one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted". The right to make full answer and defence manifests itself in several more specific rights and principles. . . . The right is

possibilité a été trouvée de modifier les procédures de manière à préserver les intérêts de la sécurité nationale du point de vue de la nature et des sources des renseignements, tout en accordant à l'individu un degré suffisant de protection juridictionnelle». Puis, à la page 800, il écrivait que [TRADUCTION] «une façon de procéder serait pour le juge de nommer un avocat d'office qui représenterait les intérêts de la personne qui demande la divulgation». C'est précisément ce qui a été fait ici pour que l'appellant obtienne la divulgation de tous les renseignements sensibles qui pouvaient être divulgués, sans mettre indûment en péril la sécurité nationale, la défense nationale ou les relations internationales. La créativité transporte souvent ses partisans dans le domaine de l'insusité, comme ce fut le cas ici, mais je suis persuadé que l'équité les a accompagnés durant tout leur voyage.

[46] Je conclurai sur ce point en disant qu'il n'y a nul bien-fondé dans la plainte de l'appelant selon laquelle ses avocats se sont vus refuser la possibilité de poser des questions complémentaires ou additionnelles. Les onglets 10 et 12 du volume 1 des dossiers d'appel contiennent des listes de questions additionnelles qui ont été soumises par les avocats de l'appelant.

d) La forme de divulgation des dépositions des deux témoins et l'interdiction de témoigner

(i) le droit de produire des preuves

[47] Il faut se rappeler que le juge a interdit aux deux témoins de l'appelant de déposer à son procès, mais qu'il a autorisé la divulgation d'une transcription expurgée de leurs dépositions faites devant la Cour fédérale—Section de première instance. Comme je l'ai dit précédemment, les avocats de l'appelant ont fondé leurs conclusions sur les arrêts rendus par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Rose* et *Seaboyer*, précédemment citées. S'agissant de l'arrêt *Rose*, ils nous ont renvoyés aux extraits suivants des paragraphes 98 et 103 de l'arrêt:

Le droit à une défense pleine et entière est protégé par l'art. 7 de la *Charte*. Il s'agit de l'un des principes de justice fondamentale. Dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, à la p. 336, le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la Cour, a décrit ce droit comme étant «un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables». Le droit à une défense pleine et entière se manifeste par l'entremise de

integrally linked to other principles of fundamental justice, such as the presumption of innocence, the right to a fair trial, and the principle against self-incrimination.

...

A second and broader aspect of the right to make full answer and defence, which might be understood as encompassing the first aspect, is the right of an accused person to defend himself or herself against all of the state's efforts to achieve a conviction. The Crown is not entitled to engage in activities aimed at convicting an accused unless that accused is permitted to defend against those state acts. [Emphasis added.]

They also endorsed the following arguments found at pages 606-608 and submitted in *Seaboyer* against the rape-shield legislation:

The appellants contend that the legislation, however laudable its goals, in fact infringes their right to present evidence relevant to their defence and hence violates their right to a fair trial, one of the most important of the principles of fundamental justice.

...

The right of the innocent not to be convicted is reflected in our society's fundamental commitment to a fair trial, a commitment expressly embodied in s. 11(d) of the *Charter*. It has long been recognized that an essential facet of a fair hearing is the "opportunity adequately to state [one's] case": *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917, at p. 923, dealing with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. This applies with particular force to the accused, who may not have the resources of the state at his or her disposal. Thus our courts have traditionally been reluctant to exclude even tenuous defence evidence: David H. Doherty, "'Sparing' the Complainant 'Spoils' the Trial" (1984), 40 C.R. (3d) 55, at p. 58, citing *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, and *R. v. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524 (C.A.). For the same reason, our courts have held that even informer privilege and solicitor-client privilege may yield to the accused's right to defend himself on a criminal charge: *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494; *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (Ont. C.A.).

plusieurs autres droits et principes particuliers, [. . .] Ce droit est intégralement lié à d'autres principes de justice fondamentale, comme la présomption d'innocence, le droit à un procès équitable et le principe interdisant l'auto-incrimination.

[. . .]

Le second aspect du droit à une défense pleine et entière, plus large que le premier et dont on pourrait dire qu'il l'inclut, est le droit de l'accusé de se défendre contre tous les moyens déployés par l'État pour obtenir une déclaration de culpabilité. Le ministère public n'a pas le droit d'agir en vue de faire déclarer l'accusé coupable à moins que ce dernier soit autorisé à se défendre contre les moyens qu'il fait valoir. [Non souligné dans l'original.]

Les avocats de l'appelant ont aussi donné leur adhésion aux arguments suivants exposés aux pages 606 à 608 et avancés dans l'arrêt *Seaboyer* à l'encontre de la législation sur la protection des victimes de viol:

Selon les appelants, si l'objet des dispositions législatives attaquées est louable, il n'en demeure pas moins qu'elles portent atteinte à leur droit de présenter une preuve à l'appui de leur défense et violent donc leur droit à un procès équitable, l'un des plus importants des principes de justice fondamentale.

[. . .]

À l'appui du droit de l'innocent de ne pas être déclaré coupable, la société reconnaît le droit d'un inculpé à un procès équitable, qui est expressément consacré à l'al. 11d) de la *Charte*. Il est depuis longtemps reconnu qu'un aspect essentiel d'un procès équitable est de donner à l'accusé «l'occasion d'exposer adéquatement sa cause»: *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917, qui portait sur l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. L'application de ce principe est particulièrement importante pour l'accusé qui n'a pas à sa disposition les ressources de l'État. Nos tribunaux ont donc traditionnellement hésité à exclure des éléments de preuve de la défense, si tenus soient-ils: David H. Doherty, «'Sparing' the Complainant 'Spoils' the Trial» (1984), 40 C.R. (3d) 55, à la p. 58, relativement à *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272 et à *R. v. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524 (C.A.). C'est pourquoi nos tribunaux ont statué que le droit de l'accusé de répondre à une accusation criminelle peut même l'emporter sur le privilège relatif aux indicateurs de police et sur le secret professionnel de l'avocat: *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (C.A. Ont.).

In other jurisdictions too the right to defend oneself of a criminal charge is regarded as a principle of fundamental importance. The Constitution of the United States enshrines the right in the due process guarantees of the Fifth and Fourteenth Amendments and the express right to confront one's accuser embodied in the Sixth Amendment. The jurisprudence of the United States Supreme Court affirms the right's fundamental importance: see *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974); *Alford v. United States*, 282 U.S. 687 (1931).

The right of the innocent not to be convicted is dependent on the right to present full answer and defence. This, in turn, depends on being able to call the evidence necessary to establish a defence and to challenge the evidence called by the prosecution. As one writer has put it:

If the evidentiary bricks needed to build a defence are denied the accused, then for that accused the defence has been abrogated as surely as it would be if the defence itself was held to be unavailable to him.

(Doherty, *supra*, at p. 67).

In short, the denial of the right to call and challenge evidence is tantamount to the denial of the right to rely on a defence to which the law says one is entitled. The defence which the law gives with one hand, may be taken away with the other. Procedural limitations make possible the conviction of persons who the criminal law says are innocent. [Emphasis added.]

[48] I do not quarrel with these principles which are fundamental, but not absolute, in our adversarial system of criminal prosecutions. First, the Supreme Court went on to recognize at page 609 that an issue as to the relevancy of evidence does not arise in a vacuum, but in relation to an issue in the trial. Moreover, it reasserted the principle that a clear ground of policy or law may justify the exclusion of probative evidence which would otherwise be received:

In general, nothing is to be received which is not logically probative of some matter requiring to be proved and everything which is probative should be received, unless its exclusion can be justified on some other ground. A law which prevents the trier of fact from getting at the truth by excluding relevant evidence in the absence of a clear ground of policy or law justifying the exclusion runs afoul of our fundamental conceptions of justice and what constitutes a fair trial. [Emphasis added.]

Thus, for example, relevant prosecution evidence whose probative value is outweighed by its prejudicial effects

Dans d'autres pays, le droit de répondre à une accusation criminelle est aussi considéré comme un principe d'importance fondamentale. La Constitution américaine reconnaît le droit à l'application régulière de la loi dans les Cinquième et Quatorzième amendements et le droit de quiconque de faire face à son accusateur, dans le Sixième amendement. La Cour suprême des États-Unis reconnaît l'importance fondamentale de ce droit: voir *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974); *Alford v. United States*, 282 U.S. 687 (1931).

Le droit de l'innocent de ne pas être déclaré coupable est lié à son droit de présenter une défense pleine et entière. Il doit donc pouvoir présenter les éléments de preuve qui lui permettront d'établir sa défense ou de contester la preuve présentée par la poursuite. Selon un auteur:

[TRADUCTION] Si l'on empêche l'accusé de présenter les éléments de preuve nécessaires à la constitution de sa défense, cette défense lui est déniée tout aussi sûrement que si on statuait qu'il n'a pas le droit d'invoquer cette défense.

(Doherty, précité, à la page 67).

Bref, la dénegation du droit de présenter ou de contester une preuve équivaut à la dénegation du droit d'invoquer un moyen de défense autorisé par la loi. La défense que la loi accorde d'une main, peut être retirée de l'autre main. Des contraintes de nature procédurale rendent possible la condamnation de personnes qui, selon les règles de droit pénal, sont innocentes. [Non souligné dans l'original.]

[48] Je n'ai rien à redire à ces principes, qui sont fondamentaux, mais non absolus, dans notre système de procédure pénale, un système de type accusatoire. D'abord, la Cour suprême reconnaissait plus loin, à la page 609, qu'il faut se garder d'examiner la question de la pertinence d'une preuve en vase clos, mais plutôt l'examiner par rapport à une question en litige. Elle réitérait aussi le principe selon lequel un motif clair fondé sur un principe ou une règle de droit peut justifier l'exclusion d'une preuve pertinente qui serait autrement recevable:

En règle générale, rien ne doit être admis qui ne constitue pas une preuve logique d'un fait à prouver et tout ce qui est probant doit être admis, à moins de devoir être exclu pour un autre motif. Une disposition législative qui empêche le juge des faits de découvrir la vérité par exclusion d'éléments de preuve pertinents sans motif clair fondé sur un principe ou une règle de droit justifiant cette exclusion va à l'encontre de nos conceptions fondamentales de la justice et de ce qui constitue un procès équitable. [Non souligné dans l'original.]

Ainsi, par exemple, une preuve pertinente de la poursuite dont l'effet préjudiciable l'emporte sur la valeur

will be excluded while defence evidence will also be excluded but only where the prejudice substantially outweighs the value of that evidence: *ibid.*, at page 611. Of course, grounds of exclusion are not limited to this type of situation. The law and the rules of privilege, while also not absolute, intervene to prevent disclosure of confidential information.

[49] Section 38 of the Act codified the common law privilege to protect State secrets. Lord Denning emphasized in *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Hosenball*, [1977] 3 All ER 452 (C.A.), at page 460, quoted with approval in *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at page 745, the need for confidentiality in matters of national security:

The information supplied to the Home Secretary by the Security Service is, and must be, highly confidential. The public interest in the security of the realm is so great that the sources of information must not be disclosed, nor should the nature of the information itself be disclosed, if there is any risk that it would lead to the sources being discovered. The reason is because, in this very secretive field, our enemies might try to eliminate the source of information.

The section in its quest for fairness recognizes that the privilege is not absolute: it provides for a balancing of competing interests with the possibility of the right to a fair trial prevailing in limited circumstances that I have already discussed but which are wanting here, even when applying a test more favourable to the appellant.

(ii) the form of disclosure

[50] As part of their right to call evidence, counsel for the appellant not only challenge the prohibition to testify, but also the form in which disclosure is actually authorized, i.e., the expurgated transcript of the two witnesses' testimonies.

[51] The two witnesses asserted that they are incapable of separating sensitive from non-sensitive information, the wheat from the tares. If they were to testify in the criminal trial, the trial would have to be

probante sera exclue, tandis que la preuve de la défense sera également exclue, mais seulement si l'effet préjudiciable de cette preuve l'emporte sensiblement sur sa valeur probante: *ibid.*, à la page 611. Naturellement, les motifs d'exclusion ne se limitent pas à ce genre de situation. La loi et les règles du privilège, qui elles non plus ne sont pas absolues, interviennent pour empêcher la divulgation de renseignements confidentiels.

[49] L'article 38 de la Loi a codifié le privilège de common law qui protège les secrets d'État. Lord Denning a mis en relief, dans l'arrêt *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Hosenball*, [1977] 3 All ER 452 (C.A.), à la page 460, cité avec approbation dans l'arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, à la page 745, la nécessité de la confidentialité dans les affaires intéressant la sécurité nationale:

[TRADUCTION] Les renseignements fournis au Home Secretary par le Service de sécurité sont, et doivent être, hautement confidentiels. L'intérêt public dans la sûreté du Royaume est si grand que les sources de renseignements ne doivent pas être révélées, ni leur nature, s'il en résulte le moindre risque de faire découvrir ces sources. La raison en est que, dans ce domaine où la dissimulation est reine, nos ennemis pourraient tenter d'éliminer la source de ces informations.

Dans sa quête d'équité, l'article 38 reconnaît que le privilège n'est pas absolu: il prévoit que les intérêts rivaux soient soupesés, avec la possibilité que le droit à un procès équitable l'emporte dans des cas restreints que j'ai déjà examinés, mais qui sont absents ici, même si l'on applique un critère plus favorable à l'appellant.

(ii) la forme de la divulgation

[50] Dans le cadre de leur droit de produire des preuves, les avocats de l'appellant contestent non seulement l'interdiction de témoigner, mais également la forme dans laquelle la divulgation est effectivement autorisée, c'est-à-dire la transcription expurgée des dépositions des deux témoins.

[51] Les deux témoins ont dit qu'ils sont incapables de séparer les renseignements sensibles des renseignements non sensibles, le froment de l'ivraie. S'ils devaient témoigner dans le procès criminel, il faudrait suspendre

suspended every time a question would be put to the witnesses in order to determine whether the question would lead to the disclosure of sensitive information and, if so, whether that sensitive information should be revealed. For this last determination, it involves coming back to the Federal Court. As for the determination of the initial question, the judge in the criminal trial would be put in an impossible position. I cannot improve on what Blanchard J. said in this respect at paragraph 35 of his January 9, 2003 decision:

In their testimony, the two witnesses wove innocuous information with information that cannot be publicly disclosed. There is no demarcation line easily separating what is authorized from what is not. Implementing a demarcation line, in the context of a criminal trial conducted before a jury, is clearly not practical if not impossible. The learned trial judge will not have had the benefit of reviewing all of the information to allow him to fully appreciate the potential impact of a disclosure of what may appear to be an innocuous piece of information. What may appear to be trivial information may in fact be the one missing piece in the jigsaw puzzle created by a hostile agency.

[52] I agree with him that authorizing the two witnesses to testify at the criminal trial is not a measure most likely to limit any injury to national defence, national security or international relations. In the circumstances, release of the expurgated transcripts and an authorization to introduce them in evidence at the criminal trial amount to a balancing of the competing interests which best serves the public interest while limiting as much as possible the injury mentioned above. In concluding as he did on this issue, the Judge made no error in his interpretation of the scope of the power granted to him.

[53] At the hearing before us, counsel for the appellant submitted that there are other and better forms of disclosure which would not increase the level of injury, but would better safeguard the appellant's right to a fair trial. He pressed for a videotaping of the testimonies of the witnesses who would be examined by their own

le procès chaque fois qu'une question serait posée aux témoins, et cela afin de déterminer si la question entraînerait la divulgation de renseignements sensibles et, dans l'affirmative, de déterminer si ces renseignements sensibles devraient être révélés. Le point de savoir si les renseignements sensibles devraient être révélés requiert de revenir devant la Cour fédérale. Quant au point de savoir si la question posée conduirait à la divulgation de renseignements sensibles, le juge du procès criminel serait placé dans une position impossible. Je ne puis faire mieux ici que de reproduire les propos du juge Blanchard, au paragraphe 35 de sa décision du 9 janvier 2003:

[TRADUCTION] Dans leurs dépositions, les deux témoins ont entrelacé des renseignements inoffensifs et des renseignements qui ne peuvent être divulgués dans le public. Il n'y a pas de ligne de démarcation séparant facilement ce qui est autorisé de ce qui ne l'est pas. Dans un procès criminel mené devant un jury, il est manifestement incommode, voire impossible, d'établir une ligne de démarcation. Le juge du procès n'aura pas eu l'avantage d'examiner tous les renseignements pour être en mesure d'apprécier pleinement l'effet possible de la divulgation de ce qui pourra sembler un renseignement inoffensif. Ce qui peut sembler un renseignement insignifiant peut en réalité constituer la pièce manquante du puzzle établi par un organisme hostile.

[52] Je reconnais avec lui que le fait d'autoriser les deux témoins à déposer au procès criminel n'est pas une mesure particulièrement susceptible de limiter un éventuel préjudice à la défense nationale, à la sécurité nationale ou aux relations internationales. Dans ces conditions, la divulgation des transcriptions expurgées, avec autorisation de les déposer comme preuve au procès criminel, équivaut à soupeser les intérêts rivaux d'une façon qui est la mieux à même de servir l'intérêt public tout en limitant autant qu'il est possible le préjudice susmentionné. En concluant comme il l'a fait sur cet aspect, le juge Blanchard n'a commis aucune erreur dans sa manière d'interpréter l'étendue du pouvoir qui lui était conféré.

[53] Lors de l'audience tenue devant nous, un des avocats de l'appelant a indiqué qu'il existe de meilleures formes de divulgation qui n'augmenteraient pas le niveau de préjudice, mais préserveraient davantage le droit de l'appelant à un procès équitable. Il a recommandé que l'on procède à l'enregistrement magnétoscopique des

counsel and for a subsequent vetting of the sensitive information. Technology allows for this kind of efficient tampering. The jurors could then view the expurgated contents of the videocassette. They would see and hear the witnesses, assess their demeanour and, therefore, be in a better position to weigh their credibility.

[54] There is certainly some merit in this videotaping proposal and I am sure proper consideration will be given to that option in future cases. However, the parties, the judge presiding the criminal trial, the jury as well as Associate Chief Justice Lutfy were labouring under exigent circumstances: the criminal trial was momentarily suspended, the jury was in abeyance, the prosecution after weeks of sittings wanted to avoid a mistrial, time was the essential feature of a workable solution.

[55] It would have been simply impossible within the allocated time frame to obtain the security clearance to enable counsel for the appellant to examine the two witnesses themselves. For obvious reasons, the process of verification takes quite some time and there is no guarantee that it will result in a granting of the highest level of security clearance. This aspect of the appellant's proposal was, in the circumstances, impractical.

[56] It may be, in retrospect, that it could have been better if the testimonies had been videotaped. However, this is not the process that the parties thought of at the time and there was no objection to the one proposed and followed. That being said, I would have had no hesitation to intervene if I had reasonable grounds to believe that the process followed was unfair or would result in unfairness to the appellant in his criminal trial.

(e) The appellant's fear that the transcripts might not be admitted in evidence or that the evidence might be found less credible because the witnesses were not cross-examined

[57] At issue here is not the appellant's right to cross-examination: the two witnesses were his own witnesses. Counsel for the appellant must be referring to

dépositions des témoins, qui seraient interrogés par leur propre avocat, puis que l'on censure ensuite les renseignements sensibles. La technologie permet ce genre de manipulation efficace. Les jurés pourraient alors visionner le contenu expurgé de la vidéocassette. Ils verraient et entendraient les témoins, évalueraient leur comportement et seraient donc bien placés pour juger de leur crédibilité.

[54] Il y a certainement quelque valeur dans cette proposition d'enregistrement magnétoscopique, et je suis sûr que cette solution a des chances d'être retenue dans les cas futurs. Cependant, les parties, le juge qui présidait le procès criminel, le jury ainsi que le juge en chef adjoint Lutfy travaillaient dans des conditions difficiles: le procès criminel a été momentanément suspendu, le jury était en attente, la poursuite, après des semaines de séance, voulait éviter une nullité du procès, et les délais étaient l'aspect essentiel d'une solution réaliste.

[55] Il aurait été tout simplement impossible, à l'intérieur du délai accordé, d'obtenir l'habilitation de sécurité qui eût permis aux avocats de l'appelant d'interroger les deux témoins eux-mêmes. Pour des raisons évidentes, le processus de vérification requiert un certain temps et il n'est pas garanti qu'il conduira à l'attribution du niveau le plus élevé d'habilitation de sécurité. Cet aspect de la proposition de l'appelant était, dans ces conditions, peu réaliste.

[56] Rétrospectivement, il eût sans doute mieux valu que les dépositions fussent enregistrées sur vidéocassette. Cependant, ce n'est pas la méthode à laquelle les parties ont pensé à l'époque, et personne ne s'opposait à celle qui a été proposée et suivie. Cela étant dit, je n'aurais eu aucune hésitation à intervenir si j'avais eu des motifs raisonnables de croire que la méthode suivie était injuste ou allait entraîner une injustice pour l'appelant dans son procès criminel.

(e) La crainte de l'appelant que les transcriptions ne soient pas admises comme preuve ou que la preuve soit jugée moins crédible parce que les témoins n'ont pas été contre-interrogés

[57] Ce qui est en cause ici, ce n'est pas le droit de l'appelant au contre-interrogatoire: les deux témoins étaient ses propres témoins. Les avocats de l'appelant

the prosecution's right to cross-examine and a possible objection coming from the prosecutorial branch of the Attorney General's office on that basis. I doubt that this is likely to happen on that basis or on the basis that the evidence of these two witnesses that the accused wants to introduce at his trial in his defence was obtained in his absence. Should that occur, I am confident that the trial judge will know how to deal with the objection.

[58] At best, the appellant's position on the issue of diminished credibility because of a lack of cross-examination is speculative. Speculation for speculation, why would the jury not attach more credibility to the evidence of these two witnesses that the prosecution did not dare to cross-examine? Again, I am confident that the judge presiding over the criminal trial, anxious to maintain the fairness of the trial, will take appropriate measures, if needed, to prevent a prejudice of this kind from happening. The same goes for the speculation that the prosecution might call *viva voce* evidence to rebut the transcript evidence.

Conclusion

[59] I am satisfied that the Judge of the Trial Division committed no error in defining the scope of his power to order disclosure of the sensitive information at issue as well as the conditions which delimit it. The prohibition against the two witnesses to testify at the criminal trial was, in the circumstances, the only viable and efficient condition which would most likely limit any injury to national defence, national security or international relations.

[60] Nor did, in my view, the Judge err in defining the competing interests at stake and the test to be applied in balancing these interests. If he did err with respect to the balancing test, it is an error which was favourable to the appellant.

[61] Finally, the process followed to monitor and review the disclosure of the sensitive information could, in hindsight, perhaps have been better, but it was not

doivent parler du droit de la poursuite de contre-interroger, et d'une objection possible, à ce titre, de la section des poursuites du cabinet du procureur général. Je doute que cela se produise, que ce soit pour cette raison ou pour la raison que les dépositions de ces deux témoins que l'accusé voudrait, à son procès, produire dans sa défense ont été obtenues en son absence. Si cela devait arriver, je suis sûr que le juge du procès saura comment disposer de l'objection.

[58] Au mieux, la position de l'appelant sur la question de la crédibilité réduite pour cause d'absence de contre-interrogatoire est pure conjecture. Conjecture pour conjecture, pourquoi le jury n'accorderait-il pas davantage de crédibilité aux dépositions de ces deux témoins que la poursuite n'a pas osé contre-interroger? Encore une fois, je suis sûr que le juge qui présidera le procès criminel, soucieux de préserver l'équité du procès, prendra si nécessaire les mesures adéquates pour prévenir un préjudice de ce genre. Il en va de même pour la supposition qui consiste à dire que la poursuite pourrait produire une preuve de vive voix pour réfuter la preuve contenue dans la transcription.

Dispositif

[59] Je suis d'avis que le juge de la Section de première instance n'a commis aucune erreur lorsqu'il a défini l'étendue de son pouvoir d'ordonner la divulgation des renseignements sensibles en cause, et lorsqu'il a défini les conditions qui délimitaient ce pouvoir. L'interdiction faite aux deux témoins de déposer au procès criminel était, eu égard aux circonstances, la seule condition réaliste et économique qui allait tout probablement limiter le préjudice pour la défense nationale, la sécurité nationale ou les relations internationales.

[60] Le juge n'a pas non plus commis d'erreur, à mon avis, lorsqu'il a défini les intérêts rivaux en jeu, et le critère à appliquer lorsqu'on soupèse de tels intérêts. S'il a commis une erreur au regard du critère à appliquer, c'est une erreur qui était favorable à l'appelant.

[61] Finalement, la méthode employée pour surveiller et examiner la divulgation des renseignements sensibles aurait sans doute pu, rétrospectivement, être meilleure,

unfair given the time constraints that all the players were facing.

[62] For these reasons, I would dismiss the appeal. In accordance with subsection 38.02(2) of the Act, I would authorize disclosure of the fact and the reasons of this appeal against the two orders made under section 38.06 upon expiry of the time provided to appeal in the present file or, if leave to appeal is sought, when no further appeal is available. Copy of these reasons will be entered in file DESA-2-03 in support of the judgment therein.

RICHARD C.J.: I agree.

NADON J.A.: I agree.

mais elle n'était pas injuste, au vu des contraintes de temps auxquelles devaient se plier tous les intervenants.

[62] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel. En conformité avec le paragraphe 38.02(2) de la Loi, j'autoriserais la divulgation des faits et des motifs de cet appel formé contre les deux ordonnances rendues en vertu de l'article 38.06, à l'expiration du délai imparti pour faire appel dans le présent dossier ou, si une autorisation d'appel est demandée, alors lorsqu'il ne sera plus possible de faire appel. Les présents motifs seront versés dans le dossier DESA-2-03, à l'appui du jugement rendu dans ce dossier.

LE JUGE EN CHEF RICHARD: Je souscris aux présents motifs.

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

2004 FCA 248
A-524-03
A-540-03

2004 CAF 248
A-524-03
A-540-03

Department of Indian Affairs and Northern Development (*Appellant*) (*Intervener*)

Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (*appelant*) (*intervenant*)

v.

c.

Shirley Choken, Myles Sinclair, Wilfred Marsden and Jerry Marsden (*Respondents*) (*Applicants*)

Shirley Choken, Myles Sinclair, Wilfred Marsden et Jerry Marsden (*intimés*) (*demandeurs*)

and

et

Lake St. Martin Indian Band (*Respondent*)

Bande indienne de Lake St. Martin (*intimée*)

and

et

Peace Hills Trust Company and Canadian Imperial Bank of Commerce, and Andrew Alkier (*Garnishees*)

Peace Hills Trust Company et Banque canadienne impériale de commerce et Andrew Alkier (*tiers-saisis*)

INDEXED AS: CHOKEN v. LAKE ST. MARTIN INDIAN BAND (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ: CHOKEN c. BANDE INDIENNE DE LAKE ST. MARTIN (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Décary, Létourneau and Pelletier JJ.A.—Winnipeg, June 1; Ottawa, June 28, 2004.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Létourneau et Pelletier, J.C.A.—Winnipeg, 1^{er} juin; Ottawa, 28 juin 2004.

Crown — Creditors and Debtors — Appeal from Federal Court Judge's order third party manager (TPM) pay respondents judgment debt owed by Band as result of unjust dismissal award — Band entering into comprehensive funding arrangement (CFA) with Minister of Indian Affairs and Northern Development to provide programs, services to Band members — Funds under arrangement transferred to TPM pursuant to third party management agreement (TPMA), under which TPM responsible to satisfy obligations of CFA — Words and intent of TPMA making it clear funds held by TPM public funds at least until used for purposes provided in TPMA, and as such, not subject to garnishment since Crown funds immune from garnishment order unless statute expressly provides otherwise — Moneys held by TPM not debts owing to Band within meaning of Federal Court Rules, 1998, r. 449 — Appeal allowed without costs.

Couronne — Créanciers et Débiteurs — Appel d'une ordonnance d'un juge de la Cour fédérale que le séquestre-administrateur (administrateur) paie aux intimés la dette constatée par jugement de la bande suite à une sentence arbitrale de congédiement injuste — La bande et le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien ont signé une entente globale de financement (EGF) pour offrir des programmes et services aux membres de la bande — Les fonds prévus dans l'entente ont été versés à l'administrateur en vertu de l'entente d'administration par tierce partie (EATP), qui prévoyait que l'administrateur était chargé d'exécuter les obligations prévues dans l'EGF — Tant par son libellé que par son objectif, l'EATP prévoit que les fonds détenus par l'administrateur conservent leur statut de fonds publics, au moins jusqu'à ce qu'ils aient été utilisés aux fins expressément prévues dans l'EATP, et en tant que tels ils échappent à toute ordonnance de saisie-arrêt, sauf disposition législative expresse à l'effet contraire — Les fonds détenus par l'administrateur ne constituent pas une créance échue due à la bande, au sens de la règle 449 des Règles de la Cour fédérale (1998) — Appel accueilli sans dépens.

Practice — Judgments and Orders — Enforcement — Garnishment — Appeal from order third party manager (TPM)

Pratique — Jugements et Ordonnances — Exécution — Saisie-arrêt — Appel d'une ordonnance que le séquestre-

pay respondents judgment debt owed by Band as result of unjust dismissal awards registered in Federal Court under Federal Court Rules, 1998, r. 424 — TPM holding funds paid under comprehensive funding arrangement to provide departmental programs, services to Band members — Meaning of “debt owing or accruing” in r. 449(1)(a)(i) — Crown funds immune from garnishment order unless express statutory authorization — Funds in TPM’s account retained status of “public funds”, not subject to garnishment — Even if not public funds, not debt owing to Band as Band had no unconditional right to payment.

Practice — Costs — Appeal from Federal Court Judge’s order awarding costs despite alleged agreement between counsel not to seek costs — Costs apparently granted inadvertently by Judge — Appeal allowed without costs.

These were appeals from an order of a Federal Court Judge ordering the garnishee (Andrew Alkier or third party manager) to pay the judgment debt to the respondents, and from the Judge’s order of costs despite an alleged agreement between counsel not to seek costs. The respondents, former employees of the Lake St. Martin Indian Band, were owed the judgment debt by the Band as a result of awards for unjust dismissal made by a *Canada Labour Code* adjudicator which were registered pursuant to *Federal Court Rules, 1998*, rule 424.

On April 1, 2003, the Band entered into a comprehensive funding arrangement (CFA) with the Minister of Indian Affairs and Northern Development. Under that arrangement, funds were to be transferred to the Band Council, which would provide the Department of Indian Affairs and Northern Development’s programs and services to Band members. Because the Governor in Council was satisfied that corrupt practices called into question the integrity of the election held on July 11, 2002, the Department decided that the funds were to be paid to a third party manager instead. This manager, appointed pursuant to a third party management agreement (TPMA), was responsible for satisfying the obligations of the CFA.

The main issue in these appeals was whether moneys paid by the Minister to the third party manager and held by the latter in his bank account for the purposes of administering the programs and services which are delivered by the Department to members of the Band, could be garnished by a judgment

administrateur (administrateur) paie aux intimés la dette constatée par jugement de la bande suite à une sentence arbitrale de congédiement injuste déposée en Cour fédérale en vertu de la règle 424 des Règles de la Cour fédérale (1998) — L’administrateur détient les fonds versés en vertu de l’entente globale de financement aux fins des programmes et services du Ministère offerts aux membres de la bande — Sens à donner à l’expression «créances échues ou à échoir» de la règle 449(1)(a)(i) — Les fonds publics échappent à toute ordonnance de saisie-arrêt, sauf disposition législative expresse à l’effet contraire — Les fonds détenus par l’administrateur conservent leur statut de «fonds publics» et ils ne peuvent faire l’objet d’une saisie-arrêt — Même si les fonds en cause ne sont pas des fonds publics, ils ne constituent pas une créance échue due à la bande car elle n’a aucun droit inconditionnel à leur paiement.

Pratique — Frais et dépens — Appel de l’ordonnance d’un juge de la Cour fédérale octroyant les dépens nonobstant une entente qui serait intervenue entre les avocats pour renoncer aux dépens — Il semble que c’est par inadvertance que le juge a accordé les dépens — Appel accueilli sans dépens.

L’appel principal visait une ordonnance d’un juge de la Cour fédérale ordonnant au tiers-saisi (Andrew Alkier, le séquestre-administrateur) de payer la dette constatée par jugement due aux intimés; l’autre appel portait sur l’octroi des dépens, nonobstant une entente qui serait intervenue entre les avocats pour renoncer aux dépens. Les intimés étaient des anciens employés de la bande indienne de Lake St. Martin. Par suite d’une décision portant qu’ils avaient été congédiés injustement, rendue par un arbitre en vertu du *Code canadien du travail*, la bande avait une dette constatée par jugement à leur égard en vertu de la règle 424 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*.

Le 1^{er} avril 2003, la bande et le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien ont signé une entente globale de financement (EGF). En vertu de cette entente, des fonds devaient être versés au conseil de bande qui devait offrir des programmes et services du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien aux membres de la bande. Le gouverneur en conseil étant convaincu que des manœuvres frauduleuses mettaient en doute l’intégrité de l’élection tenue le 11 juillet 2002, le Ministère a décidé de nommer un séquestre-administrateur pour gérer les fonds. Cet administrateur, nommé en vertu de l’entente d’administration par tierce partie (EATP), était chargé d’exécuter les obligations en vertu de l’EGF.

La question principale en litige consistait à déterminer si les sommes versées par le ministre au séquestre-administrateur, et détenues par celui-ci dans un compte bancaire aux fins de la gestion des programmes et services du Ministère offerts aux membres de la bande, pouvaient faire l’objet d’une saisie-arrêt

creditor of the Band. The other was whether the Judge should have ordered costs.

Held, the appeal in file A-524-03 and the appeal in file A-540-03 should be allowed without costs.

The Judge erred in law in his interpretation of the CFA and the TPMA and in deciding that the amounts held in the third party manager's account were "a debt owing or accruing" to the Band within the meaning of subparagraph 449(1)(a)(i) of the *Federal Court Rules, 1998*. The words "owing and accruing" mean, in the context of garnishment proceedings, a sum of money which is now payable or will become payable in the future by reason of an existing and certain obligation and which is or will become recoverable in an action. Crown funds are immune from a garnishment order unless a statute expressly provides otherwise. In the case at bar, the funds in the third party manager's account retained their status as public funds and as such could not be garnished. This was made clear by the very words and intent of the TPMA, to which the Band was not a party. The funds were held by the manager in trust for the purposes provided for in the TPMA, and retained their public character at least until such time as they were used by the manager for the purposes expressly provided in the TPMA. Any surplus or balance was to be returned to the Minister. In addition, the TPMA stated that the manager "assum[ed] no liability for any actions of the Council . . . arising prior to the date of execution of" the TPMA. Even if the moneys were found no longer to be public funds, they were not debts owing to the Band within the meaning of rule 449. The documents made it clear that the Band had no unconditional right to be paid the funds. Finally, it would be inconsistent with one of the main functions of a third party manager, i.e. to prepare a debt reduction plan, to allow a creditor of the Band to garnish the bank account of the manager.

With respect to the issue of costs, it appeared to be by inadvertence that the Judge granted costs. The appeal in that regard was therefore allowed, so as to respect the will of the parties.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2.
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c.

au bénéficiaire d'un créancier judiciaire de la bande. L'autre question en litige consistait à faire déterminer si le juge aurait dû ordonner les dépens.

Arrêt: L'appel portant le numéro de dossier A-524-03 et l'appel portant le numéro de dossier A-540-03 devraient être accueillis sans dépens.

Le juge a commis une erreur de droit en interprétant l'EGF et l'EATP, ainsi qu'en décidant que les sommes détenues dans le compte du séquestre-administrateur étaient «des créances échues ou à échoir» de la bande au sens du sous-alinéa 449(1)a)(i) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*. Les termes «créances échues ou à échoir», pris dans le contexte d'une procédure de saisie-arrêt, s'appliquent à une somme d'argent qui est exigible ou qui le deviendra dans l'avenir par suite d'une obligation existante et certaine et dont on peut obtenir le paiement immédiatement ou plus tard par voie d'action. Les fonds publics échappent à toute ordonnance de saisie-arrêt, sauf disposition législative expresse à l'effet contraire. En l'instance, les fonds avancés par le ministre au séquestre-administrateur et détenus par ce dernier dans son compte ont conservé leur statut de fonds publics. Ils ne pouvaient donc faire l'objet d'une saisie-arrêt. Tant par son libellé que par son objectif, l'EATP est fondée sur cette prémisse. La bande n'était pas partie à l'EATP. Les fonds étaient détenus par l'administrateur en fiducie aux fins prévues dans l'EATP et ont conservé leur statut de fonds publics, au moins jusqu'à ce qu'ils aient été utilisés par l'administrateur aux fins expressément prévues dans l'EATP. Tout excédent devait être remis au ministre. De plus, l'EATP prévoyait que l'administrateur «n'accepte aucune responsabilité pour les actions du conseil [. . .] qui se sont produites avant la date de la signature» de l'EATP. Même si l'on concluait que les fonds en cause n'étaient plus des fonds publics, ils ne constituaient pas une créance échue due à la bande, au sens de la règle 449. La documentation démontre clairement que la bande n'avait aucun droit inconditionnel aux fonds en cause. Finalement, le fait qu'un créancier de la bande puisse obtenir la saisie-arrêt du compte bancaire de l'administrateur est incompatible avec l'une des fonctions principales du séquestre-administrateur, à savoir de préparer un plan de réduction de la dette.

S'agissant de la question des dépens, il semble que c'est par inadvertance que le juge a accordé les dépens. L'appel à cet égard est donc accueilli, ce qui respecte la volonté des parties.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2.
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux

C-50, ss. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), 29 (as am. *idem*, s. 31).

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 397, 424, 449.

administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), 29 (mod. par L.C. 2001, ch. 4, art. 49).

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 397, 424, 449.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

Central Capital Corp. (Re) (1996), 27 O.R. (3d) 494; 132 D.L.R. (4th) 223; 26 B.L.R. (2d) 88; 38 C.B.R. (3d) 1; 88 O.A.C. 161 (C.A.); *Ross v. HVL D Systems (1997) Ltd.* (1999), 170 D.L.R. (4th) 600; 172 Sask. R. 261 (C.A.); *Bank of Montreal v. I.M. Krisp Foods Ltd.* (1996), 140 D.L.R. (4th) 33; [1997] 1 W.W.R. 209; 148 Sask. R. 135; 6 C.P.C. (4th) 90 (Sask. C.A.); *Siegner v. Pettipas* (2000), 191 Nfld. & P.E.I.R. 170 (P.E.I.S.C.T.D.); *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219; *Air Canada v. M & L Travel Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 787; (1993), 15 O.R. (3d) 804; 108 D.L.R. (4th) 592; 50 E.T.R. 225; 159 N.R. 1; 67 O.A.C. 1.

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.
Canadian Law Dictionary, 5th ed. Hauppauge, N.Y.: Barron's, 2003.
Dictionary of Canadian Law, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1995.
Dictionnaire de droit québécois et canadien avec lexique anglais-français, 2nd printing. Montréal: Wilson & Lafleur, 1996.
Hogg, Peter W. and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 2000.
Sgayias, D. et al. *The Annotated 1995 Crown Liability and Proceedings Act*. Toronto: Carswell, 1994.
Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2000.
Words & Phrases: Judicially Defined in Canadian Courts and Tribunals. Toronto: Carswell, 1993 (Supp. 1998).
Words and Phrases Legally Defined, 3rd ed. London: Butterworths, 1989.

APPEALS from an order of a Federal Court Judge ([2004] 1 F.C.R. 604; [2004] 1 C.N.L.R. 73; (2003), 241 F.T.R. 269) ordering the garnishee (third party manager) to pay the judgment debt owed by the Band to the respondents and ordering costs despite an alleged agreement between counsel that there would be no costs.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS CITÉES:

Central Capital Corp. (Re) (1996), 27 O.R. (3d) 494; 132 D.L.R. (4th) 223; 26 B.L.R. (2d) 88; 38 C.B.R. (3d) 1; 88 O.A.C. 161 (C.A.); *Ross c. HVL D Systems (1997) Ltd.* (1999), 170 D.L.R. (4th) 600; 172 Sask. R. 261 (C.A.); *Bank of Montreal v. I.M. Krisp Foods Ltd.* (1996), 140 D.L.R. (4th) 33; [1997] 1 W.W.R. 209; 148 Sask. R. 135; 6 C.P.C. (4th) 90 (C.A. Sask.); *Siegner v. Pettipas* (2000), 191 Nfld. & P.E.I.R. 170 (C.S. (1^{re} inst.) Î.-P.-E.); *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219; *Air Canada c. M & L Travel Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 787; (1993), 15 O.R. (3d) 804; 108 D.L.R. (4th) 592; 50 E.T.R. 225; 159 N.R. 1; 67 O.A.C. 1.

DOCTRINE

Black's Law Dictionary, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.
Canadian Law Dictionary, 5th ed. Hauppauge, N.Y.: Barron's, 2003.
Dictionary of Canadian Law, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1995.
Dictionnaire de droit québécois et canadien avec lexique anglais-français, 2^e tirage. Montréal: Wilson & Lafleur, 1996.
Hogg, Peter W. et Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 2000.
Sgayias, D. et al. *The Annotated 1995 Crown Liability and Proceedings Act*. Toronto: Carswell, 1994.
Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2000.
Termes et locutions définis par les tribunaux canadiens. Toronto: Carswell, 1993 (supplément 1998).
Words and Phrases Legally Defined, 3rd ed. London: Butterworths, 1989.

APPELS d'une ordonnance d'un juge de la Cour fédérale ([2004] 1 R.C.F. 604; [2004] 1 C.N.L.R. 73; (2003), 241 F.T.R. 269) ordonnant au tiers-saisi (le séquestre-administrateur) de payer la dette constatée par jugement due par la bande aux intimés et octroyant les dépens, nonobstant une entente qui serait intervenue

Appeals allowed.

APPEARANCES:

Darrin R. Davis and *Marlaine Anderson-Lindsay* for appellant (intervener).
Harvey I. Pollock, Q.C., and *Wayne P. Forbes* for respondents (applicants).
 No one appearing for respondent Lake St. Martin Indian Band.
 No one appearing for garnishee Peace Hills Trust Company.
 No one appearing for garnishee Canadian Imperial Bank of Commerce.
Harley I. Schachter for garnishee Andrew Alkier.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant (intervener).
Pollock & Company, Winnipeg, for respondents (applicants).
Taylor McCaffrey LLP, Winnipeg, for garnishee Canadian Imperial Bank of Commerce.
Duboff, Edwards, Haight & Schachter, Winnipeg, for garnishee Andrew Alkier.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DÉCARY J.A.: The main issue in these appeals is whether moneys paid by the Minister (the Minister) of the Department of Indian Affairs and Northern Development (the Department) to a third party manager (the manager) and held by the latter in his bank account for the purposes of administering the programs and services which are delivered by the Department to members of the Lake St. Martin Indian Band (the Band), can be garnished by a judgment creditor of the Band. In other words, are the moneys paid by the Minister and held by the Manager in his bank account “a debt owing or accruing” to the Band which may be garnished by a Band’s judgment creditor pursuant to rule 449 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106]. The other issue is whether the Federal Court Judge should have ordered costs. The impugned judgment is reported at

entre les avocats pour renoncer aux dépens. Appels accueillis.

ONT COMPARU:

Darrin R. Davis et *Marlaine Anderson-Lindsay*, pour l’appelant (intervenant).
Harvey I. Pollock, c.r., et *Wayne P. Forbes*, pour les intimés (demandeurs).
 Aucune comparution pour l’intimée Bande indienne Lake St. Martin.
 Aucune comparution pour le tiers-saisi Peace Hills Trust Company.
 Aucune comparution pour le tiers-saisi Banque canadienne impériale de commerce.
Harley I. Schachter, pour le tiers-saisi Andrew Alkier.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada, pour l’appelant (intervenant).
Pollock & Company, Winnipeg, pour les intimés (demandeurs).
Taylor McCaffrey LLP, Winnipeg, pour le tiers-saisi Banque canadienne impériale de commerce.
Duboff, Edwards, Haight & Schachter, Winnipeg, pour le tiers-saisi Andrew Alkier.

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

[1] LEJUGEDÉCARY, J.C.A.: La question principale en litige consiste à déterminer si les sommes versées par le ministre (le ministre) du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (le Ministère) à un séquestre-administrateur (l’administrateur) et détenues par celui-ci dans un compte bancaire aux fins de la gestion des programmes et services du Ministère offerts aux membres de la bande indienne de Lake St. Martin (la bande), peuvent faire l’objet d’une saisie-arrêt au bénéfice d’un créancier judiciaire de la bande. En d’autres mots, les sommes versées par le ministre et détenues par l’administrateur dans son compte bancaire constituent-elles des «créances échues ou à échoir» de la bande qui peuvent faire l’objet d’une saisie-arrêt au bénéfice d’un créancier judiciaire de la bande en vertu de la règle 449 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*

[2004] 1 F.C.R. 604 (F.C.).

The facts

[2] The respondents Choken, Sinclair, Marsden and Marsden (the respondents) are former employees of the Band. They are owed some \$90,000 by the Band as a result of awards for unjust dismissal made in their favour by a *Canada Labour Code* [R.S.C., 1985, c. L-2] adjudicator. The awards were made judgment debts in the Federal Court when they were registered pursuant to rule 424 of the *Federal Court Rules, 1998*.

[3] On April 1, 2003, the Band entered into a comprehensive funding arrangement (CFA) with the Minister. Under the CFA, funds were to be transferred from the Minister to the Band Council which, on behalf of the Department, was to provide the Department's programs and services to its members. More on the CFA later.

[4] On May 1, 2003, by Order in Council P.C. 2003-604, the Governor in Council, being satisfied that corrupt practices called into question the integrity of the election held on July 11, 2002, set aside the election (A.B., at page 282).

[5] On May 7, 2003, the Department informed the Band members that it was "in the process of appointing a third party manager for the Indian and Northern Affairs Canada funding for the benefit of the [Band]." The third party manager, in the absence of a chief and council, would be "responsible to satisfy the obligations of the Comprehensive Funding Arrangement until further notice." The letter went on to say that "the Department will not be responsible for unauthorized withdrawals from the [Band's] bank accounts" (A.B., at page 286).

[6] On May 12, 2003, Mr. Andrew Alkier (the manager or the garnishee) was appointed third party manager pursuant to a third party management agreement (TPMA) concluded between him and the

[DORS/98-106]. L'autre question en litige consiste à faire déterminer si le juge de la Cour fédérale aurait dû ordonner les dépens. Le jugement contesté est publié à [2004] 1 R.C.F. 604 (C.F.).

Les faits

[2] Les intimés Choken, Sinclair, Marsden et Marsden (les intimés) sont tous des anciens employés de la bande. Par suite d'une décision portant qu'ils avaient été congédiés injustement, rendue par un arbitre en vertu du *Code canadien du travail* [L.R.C. (1985), ch. L-2], la bande leur doit approximativement 90 000 \$. Les sommes dues ayant été réclamées en vertu de la règle 424 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, elles constituent une dette constatée par jugement.

[3] Le 1^{er} avril 2003, la bande et le ministre ont signé une entente globale de financement (EGF). En vertu de cette entente, des fonds devaient être versés par le ministre au conseil de bande qui, au nom du Ministère, devait offrir des programmes et services aux membres de la bande. Je reviendrai sur l'EGF plus tard.

[4] Étant convaincu que des manœuvres frauduleuses mettaient en doute l'intégrité de l'élection tenue le 11 juillet 2002, le gouverneur en conseil a annulé l'élection par décret en date du 1^{er} mai 2003, C.P. 2003-604 (D.A., à la page 282).

[5] Le 7 mai 2003, le Ministère a avisé les membres de la bande qu'il [TRADUCTION] «se préparait à nommer un séquestre-administrateur pour gérer les fonds réservés au bénéficiaire [de la bande]». En l'absence d'un chef et d'un conseil, le séquestre-administrateur était [TRADUCTION] «chargé d'exécuter les obligations en vertu de l'entente globale de financement jusqu'à nouvel ordre». La lettre ajoute aussi que [TRADUCTION] «le Ministère n'assumera aucune responsabilité pour tout retrait non autorisé à même les comptes bancaires [de la bande]» (D.A., à la page 286).

[6] Le 12 mai 2003, M. Andrew Alkier (l'administrateur ou le tiers-saisi) a été nommé séquestre-administrateur suite à l'entente d'administration par tierce partie (EATP) conclue entre lui et le Ministère.

Department. (The TPMA was eventually maintained after the proper election of a chief and council, but it is common ground that this fact is of no consequence for the purpose of these proceedings.) More on the TPMA later.

[7] Funds paid by the Department to the manager were kept by him in an account he had at the Canadian Imperial Bank of Commerce (the CIBC) in his capacity as third party manager. The Band also had an account at the CIBC. The Band's account was very modest and is not at issue. On the other hand, the balance in the Manager's account exceeded the amount of the judgment debt at all times relevant to this matter.

[8] On August 7, 2003, a prothonotary ordered, *inter alia*, that "all debts due or accruing due from CIBC . . . to Andrew C. Alkier . . . as third party manager of the Judgment Debtor [the Band] . . . and on deposit or due and payable by CIBC to Andrew C. Alkier . . . as third party manager of the Judgment Debtor, shall be attached to answer the Judgment Debt of \$89,897.69 . . . owing to the [respondents]" (A.B., at page 11). The order was made *ex parte* and without personal appearance in accordance with rule 449.

[9] The garnishee appeared at a show cause hearing held by a Federal Court judge (the Judge). On October 31, 2003, the Judge ordered the garnishee to pay the judgment debt to the respondents. He found that the funds paid by the Minister to the manager had not remained Crown funds and had taken on the character of funds to which the Band had a legal and unconditional right to payment, hence the within appeal. He also ordered costs which he fixed at \$1,500 despite an alleged agreement between counsel during the hearing that there would be no costs.

[10] With respect, I have reached the conclusion that the Judge erred in law in his interpretation of the comprehensive funding arrangement and the third party management agreement and in deciding that the amounts held in the third party manager's account were "a debt owing or accruing" to the Band within the meaning of

(L'EATP est restée en vigueur après qu'on eut élu un chef et un conseil, mais il est convenu entre les parties que ce fait n'a aucun impact sur l'instance présente.) Je reviendrai sur l'EATP plus tard.

[7] Les fonds versés par le Ministère à l'administrateur ont été placés par ce dernier dans un compte ouvert à la Banque canadienne impériale de commerce (la CIBC), en sa capacité de séquestre-administrateur. La bande avait aussi un compte à la CIBC. Le compte de la bande était très peu garni et il n'est pas en cause. Par contre, à toutes les époques pertinentes en l'espèce, le solde dans le compte de l'administrateur était supérieur à la dette constatée par jugement.

[8] Le 7 août 2003, une protonotaire a notamment ordonné que «toutes les créances échues ou à échoir dont la CIBC [. . .] est redevable à Andrew C. Alkier [. . .] en qualité de tiers administrateur du débiteur judiciaire [la bande] [. . .] et en dépôt ou dues et payables par la CIBC à Andrew C. Alkier [. . .] en sa qualité de tiers administrateur du débiteur judiciaire, soient saisies-arrêtées pour le paiement de la créance de 89 897,69 \$ [. . .] [due aux intimés]» (D.A., à la page 11). L'ordonnance a été rendue *ex parte* et sans comparution en personne, conformément à la règle 449.

[9] Le tiers-saisi a comparu à une audience de justification tenue devant un juge de la Cour fédérale (le juge). Le 31 octobre 2003, le juge a ordonné au tiers-saisi de payer la dette constatée par jugement due aux intimés. Il a conclu que les fonds versés par le ministre à l'administrateur n'étaient pas demeurés des fonds de la Couronne, mais qu'ils étaient devenus des fonds auxquels la bande avait légalement droit au paiement sans condition, d'où le présent appel. Il a aussi octroyé les dépens, fixés à 1 500 \$, nonobstant une entente qui serait intervenue entre les avocats à l'audience pour renoncer mutuellement aux dépens.

[10] En toute déférence, je suis arrivé à la conclusion que le juge a commis une erreur de droit en interprétant l'entente globale de financement et l'entente d'administration par tierce partie, ainsi qu'en décidant que les sommes détenues dans le compte du séquestre-administrateur étaient «des créances échues ou

subparagraph 449(1)(a)(i).

Relevant Rule

[11] Subparagraph 449(1)(a)(i) reads as follows:

449. (1) Subject to rules 452 and 456, on the *ex parte* motion of a judgment creditor, the Court may order

(a) that

(i) a debt owing or accruing from a person in Canada to a judgment debtor,

...

be attached to answer the judgment debt;

Third Party Management Policy

[12] The Department determines the manner in which, or the mechanism by which, programs and services are to be provided to Indians with the public funds appropriated by Parliament and provided to the Department for this purpose. It is the Department which determines and establishes the particular programs and services to be provided.

[13] These public funds are generally released to the council of a band as representatives of the band on behalf of and for the benefit of its members. The Department and the council enter into a comprehensive funding arrangement. Under the CFA, funds are to be transferred from the Minister to the council which, on behalf of the Department, provides the Department's programs and services to the members of the band.

[14] Where, however, circumstances warrant the appointment of a third party manager, the Department provides its programs and services through that third party manager (a private company or a group of individuals) whose role is limited to the administration of programs and services to the members of the band (affidavit of Myles Thorsteinson, A.B., at pages 254-262).

[15] The Department has adopted a policy (the policy) relating to third party managers (A.B., at pages

à échoir» de la bande au sens du sous-alinéa 449(1)(a)(i) des Règles.

La règle pertinente

[11] Le sous-alinéa 449(1)(a)(i) des Règles est rédigé comme suit:

449. (1) Sous réserve des règles 452 et 456, la Cour peut, sur requête *ex parte* du créancier judiciaire, ordonner:

a) que toutes les créances suivantes du débiteur judiciaire dont un tiers lui est redevable soient saisies-arrêtées pour le paiement de la dette constatée par le jugement:

(i) les créances échues ou à échoir dont est redevable un tiers se trouvant au Canada,

La politique d'administration par tierce partie

[12] Le Ministère décide de quelle façon et par quel mécanisme il offrira les programmes et services aux Indiens avec les fonds publics votés par le Parlement qui lui sont remis à cette fin. C'est le Ministère qui conçoit et met sur pied les programmes et services à fournir.

[13] Ces fonds publics sont généralement remis au conseil de bande, représentant la bande, pour le bénéfice des membres. Le Ministère et le conseil concluent une entente globale de financement. En vertu de l'EGF, les fonds sont transférés par le ministre au conseil, qui offre, au nom du Ministère, les programmes et services du Ministère destinés aux membres de la bande.

[14] Toutefois, lorsque les circonstances justifient la nomination d'un séquestre-administrateur, le Ministère offre ses programmes et services par l'entremise de cet administrateur (une société privée ou un groupement de personnes). Le rôle de cet administrateur se limite à la gestion des programmes et services offerts aux membres de la bande (affidavit de Myles Thorsteinson, D.A., aux pages 254 à 262).

[15] Le Ministère a adopté une politique (la politique) portant sur les séquestre-administrateurs (D.A., aux

263-281). The policy is found in Part 5 of the Financial Policies and Procedures Manual published by the Department.

[16] The Policy is not, of course, binding in and by itself. However, it is reflected to a large extent in the terms of the TPMA and the CFA and is therefore, for most practical purposes, binding on the parties to the agreements. I also note that, in article 5.1(b) of the TPMA, the Minister assumes the obligation, “at the Manager’s request, [to] provide any publicly available fiscal management policies, information or guidelines produced by the Minister which are relevant to the funding provided for in this Agreement” (A.B., at page 148). As a result, it will be useful to quote some of the most relevant passages from the policy:

5.0 Definitions

...

5.8 Third Party Manager: a third party appointed by the Minister to administer the Council’s funding and obligations under its Funding Arrangement, in whole or in part.

6.0 Policy Statement

6.1 The Council is responsible for the delivery of programs and services under the Funding Arrangement and all reasonable efforts should be made to sustain the Council’s responsibility for doing so.

6.2 The terms and conditions of the Funding Arrangement set out situations which constitute a default and remedies that may be taken by the Minister. The Minister’s Intervention, in the form of an appointment of a Third Party Manager (“TPM”), is taken in order to protect public funds, delivery of one or all Essential Services or maintain Ministerial accountability.

6.3 The appointment of a TPM is considered high level Intervention and a temporary situation while the Council addresses/remedies the difficulty/default which gave rise to a default under the Funding Arrangement or executes a Funding Arrangement [for those situations when a TPM is appointed because no funding Arrangement has been signed by the Council]. Monitoring of the TPM level of Intervention should be done in accordance with the process set out in the Intervention Policy.

pages 263 à 281). Cette politique constitue la partie 5 du Guide des politiques et des procédures financières du Ministère.

[16] Bien sûr, cette politique n’est pas exécutoire en soi. Toutefois, elle se reflète dans une large mesure dans le libellé de l’EATP et de l’EGF et elle lie donc, à toutes fins pratiques, les parties aux ententes. Je note aussi qu’à l’alinéa 5.1b) de l’EATP, le ministre assume l’obligation, «à la demande de l’administrateur [de] fournir toute politique de gestion financière, toute information ou toute ligne directrice publiques produites par le ministre et qui se rapportent au financement prévu dans cette entente» (D.A., à la page 148). En conséquence, il est utile de citer certains des passages les plus pertinents de la politique:

5.0 Définitions

[. . .]

5.8 Séquestre-administrateur (administrateur): tierce partie nommée par le Ministre pour administrer, en totalité ou en partie, les fonds et les obligations du Conseil découlant d’une entente de financement.

6.0 Énoncé de politique

6.1 Le Conseil est responsable de la prestation des programmes et des services visés par l’entente de financement et il doit déployer tous les efforts raisonnables possibles pour s’acquitter de cette responsabilité.

6.2 Les conditions de l’entente de financement précisent les situations qui constituent un manquement aux obligations et les mesures correctives pouvant être prises par le Ministre. Ce dernier intervient en nommant un administrateur afin de protéger les fonds publics, d’assurer la prestation d’un (ou de l’ensemble) des services essentiels ou de respecter l’obligation de rendre compte du Ministre.

6.3 La nomination d’un administrateur est considérée comme une intervention de haut niveau et comme une situation temporaire, pendant que le Conseil règle le problème ayant causé le manquement à son entente de financement, ou qu’il négocie une telle entente [lorsqu’un administrateur est nommé parce que le Conseil n’a pas encore signé d’entente de financement]. Les contrôles exercés par l’administrateur doivent être appliqués conformément au processus établi dans la politique du Ministre sur les interventions.

6.4	<p>This Policy is about the appointment of a TPM which represents the highest form of Intervention in a Council's affairs. The Policy is designed to establish consistency in regional operations and to facilitate an ongoing process of monitoring and improving upon its effectiveness. An important part of this level of Intervention is working with the Council, through the TPM, in a orderly fashion to enhance the Council's capacity to the point where a lesser, or no form of outside Intervention is required. Third party management provides a framework for remedial management measures and for expert assistance that will enhance the Council's capacity to resume delivery of programs and services.</p> <p>The Minister commits to this objective and will work, through the TPM, with the Council, the community itself and outside parties such as financial institutions, where required, to enable a transfer of responsibility back to the Council. Furthermore, the Minister commits to the principles of transparency of operations and disclosure of information. It is through working together in a respectful relationship that will enable third party management Intervention to succeed in restoring stability in the delivery of programs and services.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	6.4	<p>Cette politique concerne la nomination d'un administrateur, ce qui constitue la plus haute forme d'intervention dans les affaires d'un Conseil. Elle est conçue de façon à assurer l'uniformité des opérations régionales et à faciliter la mise en place d'un processus continu de surveillance, pour en améliorer l'efficacité. En grande partie, ce niveau d'intervention permet de travailler de façon ordonnée avec le Conseil, par l'entremise de l'administrateur, dans le but de développer ses capacités jusqu'au point où une intervention de l'extérieur n'est plus nécessaire, ou presque. La gestion par un administrateur offre un cadre pour la prise de mesures de redressement et pour l'apport d'aide spécialisée pouvant permettre au Conseil d'améliorer ses capacités et de reprendre la prestation des programmes et services.</p> <p>Le Ministre s'engage à atteindre cet objectif. Par l'entremise de l'administrateur, il travaillera avec le Conseil, la collectivité et, au besoin, avec des parties de l'extérieur comme des établissements financiers afin de favoriser le retour des responsabilités au Conseil. De plus, le Ministre respectera les principes de la transparence et de la divulgation de l'information. En travaillant ensemble dans le cadre d'une relation respectueuse, l'intervention de gestion par un administrateur devrait permettre de rétablir la stabilité au plan de la prestation des programmes et des services.</p> <p style="text-align: center;">[. . .]</p>
9.0	<p>Management of the Funding Arrangement with the Council</p> <p style="text-align: center;">...</p>	9.0	<p>Gestion de l'entente de financement avec le Conseil</p> <p style="text-align: center;">[. . .]</p>
9.4	<p>The Funding Arrangement shall not be amended in order to attach or to effect the appointment of the TPM. <u>The TPM Agreement is entered into between the TPM and the Minister and the Council is not a required party to the TPM Agreement. Funding under the Funding Arrangement between the Council and the Minister is redirected to the TPM.</u></p> <p style="text-align: center;">...</p>	9.4	<p>L'entente de financement ne sera pas modifiée afin d'y joindre la nomination d'un administrateur ou d'y donner effet. <u>L'entente de gestion par un administrateur est conclue entre l'administrateur et le Ministre et il n'est pas nécessaire que le Conseil soit partie à cette entente. Le financement prévu par l'entente de financement entre le Conseil et le Ministre est alors versé à l'administrateur.</u></p> <p style="text-align: center;">[. . .]</p>
10.0	<p>Management of a Canada/First Nations Funding Agreement</p> <p style="text-align: center;">...</p>	10.0	<p>Gestion d'une entente de financement Canada—Premières nations</p> <p style="text-align: center;">[. . .]</p>
10.4	<p>Under a CFNFA because of the block-budgeting nature of the funding, it is considered that the TPM</p>	10.4	<p>En raison de la nature globale du financement offert dans le cadre d'une EFCPN, on s'attend à ce que</p>

will be responsible for administering all of the Block Funded Services listed in the schedules attached to the CFNFA, until termination of the CFNFA per section 10.1.

l'administrateur se charge d'administrer tous les services ainsi financés, décrits dans les annexes de l'EFCPN, tant qu'on ne met pas fin à cette entente en vertu de l'article 10.1.

...

[. . .]

11.2 Funding the Third Party Manager

11.2 Financement de l'administrateur

11.2.1 The programs and services to be administered by the TPM are for the benefit of the Council's community members and as such, the TPM Agreement shall be managed as a transfer payment and TPM Agreement is to be entered into under Vote 15 Grants and Contributions funding.

11.2.1 Les programmes et services que l'administrateur doit administrer sont offerts aux membres de la collectivité du Conseil et, à ce titre, l'entente de gestion par un administrateur sera gérée comme un paiement de transfert et financée dans le cadre du Crédit 15, Financement de subventions et contributions.

11.2.2 The TPM Agreement shall respect the guidelines of Treasury Board's *Transfer Payment Policy*.

11.2.2 L'entente de gestion par un administrateur doit respecter les lignes directrices de la *Politique sur les paiements de transfert* du Conseil du Trésor.

...

[. . .]

11.3 Roles and Responsibilities of the Third Party Manager

11.3 Rôles et responsabilités de l'administrateur

11.3.1 The roles of the TPM are to:

11.3.1 L'administrateur doit:

- (a) administer, in whole or, depending upon the terms of its appointment, in part, the terms and conditions of the Funding Arrangement;
- (b) assist the Council in the retirement of Debt in order to facilitate the return of program management and delivery responsibilities to the Council, including preparation and implementation of the plans identified in subsection 11.4;
- (c) act as a facilitator between the Council and its creditors to negotiate repayment plans.

- a) administrer, en tout ou, selon la durée de sa nomination, en partie, les conditions de l'entente de financement;
- b) aider le Conseil à rembourser ses dettes afin qu'il puisse reprendre ses responsabilités de prestation et de gestion de programmes, y compris l'établissement et la mise en œuvre du plan décrit en 11.4;
- c) jouer le rôle de facilitateur entre le Conseil et ses créanciers, afin de négocier des plans de remboursement.

...

[. . .]

11.3.3 The TPM will, during the term of the TPM Agreement:

11.3.3 Pendant la durée de l'entente de gestion par un administrateur, l'administrateur doit:

- (a) maintain an account in the financial institution where the main credit facility of the Council resides . . . The account shall be in the TPM's name, in trust, with the explicit notation that the account is established "in trust" ("Funding Account") into which all funding provided by the Minister is deposited. . . .

- a) tenir un compte dans l'établissement financier où le Conseil a obtenu ses principales activités de financement [. . .] Il doit s'agir d'un compte en fiducie au nom de l'administrateur, portant expressément la mention «en fiducie» («compte de financement»), dans lequel seront déposés tous les fonds fournis par le Ministre.

[. . .]

11.4 Plan Development

...

11.4.3 The TPM will develop a Debt reduction plan, which shall, at a minimum, include:

- (a) an aged listed of accounts receivable and accounts payable and a list of the Council's total Debt. . . .
- (b) a proposed repayment schedule of the Debt, including amounts owing, terms and payment obligations, sources of funds to be used for Debt reduction and terms and conditions of Debt compromise or renegotiation that the TPM recommends. . . . Consideration must be given to the factors and circumstances surrounding the Debt in an effort to ensure that creditors are treated in a fair and equitable manner. . . .
- (c) proposed meetings with Council and it's creditors to facilitate discussions on repayment and renegotiation of Debt.

...

11.5 Liability Related to Debt Repayment

11.5.1 The TPM must make it clear to creditors that neither the TPM or the Minister is responsible to pay Council's Debt and that payment of Debt does not obligate the Minister or the Crown to pay or accept responsibility for any current or future Debt of the Council.

...

11.6 Programs and Services Administered by the Third Party Manager

11.6.1 At a minimum, the TPM shall be responsible for the administration of all programs and services set out in the Funding Arrangement. . .

...

13.0 Responsibility of the Third Party Manager for Employees

...

13.7 The TPM has no liability for any Debts of the Council, including Debts for outstanding wages.

11.4 Établissement du plan

[. . .]

11.4.3 L'administrateur établira un plan de réduction de la dette comprenant au moins:

- a) une liste suffisamment ancienne des comptes débiteurs et des comptes à payer, et la liste de toutes les dettes du Conseil [. . .]
- b) un calendrier proposé de remboursement de la dette faisant état des montants exigibles, des conditions et des obligations relatives aux paiements, de la source des fonds qui seront utilisés pour réduire la dette, ainsi que des conditions de la renégociation de la dette que l'administrateur recommande [. . .] Les facteurs et les circonstances entourant la dette doivent être pris en considération pour que les créanciers soient traités de manière juste et équitable [. . .]
- c) des réunions projetées avec le Conseil et ses créanciers pour faciliter les discussions sur le remboursement et la renégociation de la dette.

[. . .]

11.5 Responsabilité liée au remboursement de la dette

11.5.1 L'administrateur doit indiquer clairement aux créanciers que ni lui ni le Ministre n'est responsable du remboursement de la dette au Conseil et que le remboursement de cette dette n'oblige pas le Ministre ou la Couronne à payer toute dette actuelle ou future du Conseil, ou à en accepter la responsabilité.

[. . .]

11.6 Programmes et services que l'administrateur administre

11.6.1 À tout le moins, l'administrateur devra administrer tous les programmes et services décrits dans l'entente de financement [. . .]

[. . .]

13.0 Responsabilités de l'administrateur envers les employés

[. . .]

13.7 L'administrateur n'est pas responsable pour les dettes du Conseil, y compris les dettes provenant de salaires non payés.

- | | |
|--|--|
| ... | [. . .] |
| 18.0 Termination of the Third Party Management Agreement | 18.0 Résiliation d'une entente de gestion par un administrateur |
| ... | [. . .] |
| 18.2 Upon termination of the TPM Agreement, the TPM shall: | 18.2 À la résiliation de l'entente de gestion par un administrateur, l'administrateur doit: |
| (a) return to the Minister all program Surplus funds and the balance of the Funding Account forthwith . . . [A.B., at pp. 263-277; my emphasis.] | a) remettre au Ministre tous les fonds excédentaires liés aux programmes et le solde du compte de financement sans tarder [. . .] [D.A., aux pages 263 à 277; non souligné dans l'original.] |

The Comprehensive Funding Arrangement

[17] The following passages are relevant:

WHEREAS the Minister is providing funding for the delivery of programs and services for the benefit of the Members represented by the Council.

WHEREAS the Council is expending funds to deliver programs and services on behalf of the Members whom they represent.

...

2.0 ARRANGEMENT AMOUNT

2.1 The Minister agrees to provide an amount as identified in Part D—Program Budgets, Authorities and Monthly Expenditure Plan (Cashflow Statement—Detailed Coding, by Agreement) in accordance with the terms and conditions of this Arrangement.

...

PART A

DEFINITIONS

...

THIRD PARTY MANAGER

A third party appointed by the Minister to administer funding otherwise payable to the Council and the Council's obligations under this Arrangement, in whole or in part.

...

L'entente globale de financement

[17] Voici les extraits pertinents de ce texte:

ATTENDU que le Ministre verse des fonds pour la prestation des programmes et des services pour le bénéfice des membres représentés par le Conseil.

ATTENDU que le Conseil dépense les fonds pour la prestation des programmes et des services pour le compte des membres qu'il représente.

[. . .]

2.0 MONTANT DE L'ENTENTE

2.1 Le Ministre consent à verser la somme prévue dans la Partie D—Budgets des programmes, autorisations et plan de dépenses mensuel (bilan des liquidités—Codification détaillée par entente) conformément aux conditions de la présente entente.

[. . .]

PARTIE A

DÉFINITIONS

[. . .]

SÉQUESTRE-ADMINISTRATEUR

Tiers nommé par le Ministre pour administrer le financement qui serait autrement versé au Conseil, pour remplir en tout ou en partie les obligations du Conseil en vertu de la présente entente.

[. . .]

PART B**PARTIE B****GENERAL TERMS AND CONDITIONS****CONDITIONS GÉNÉRALES**

	...		[. . .]
2.0	TERMS OF PAYMENTS	2.0	MODALITÉS DE PAIEMENT
	...		[. . .]
2.2	Cash Payments	2.2	Paielements comptants
2.2.1	The Minister shall make payments, through the application of the Federal Cash Management Policy, based on the annual amounts identified in PART D—Program Budgets, Authorities and Monthly Expenditure Plan. The Council may propose changes to the monthly expenditures as required. Such changes will take effect thirty (30) days after being mutually agreed to by the Council and the Minister.	2.2.1	Le Ministre doit effectuer les paiements, en vertu de la politique fédérale de gestion de la trésorerie, en se basant sur les montants annuels déterminés dans la Partie D—Budgets des programmes, autorisations et plan de dépenses mensuelles. Le Conseil peut, au besoin, proposer des changements à apporter au plan de dépenses mensuelles, ces changements prendront effet dans un délai de trente (30) jours suivant la date de l’approbation mutuelle du Conseil et du Ministre.
2.2.2	As required by section 40 of the <i>Financial Administration Act</i> , funding under this Arrangement is subject to the appropriation of funds by Parliament with respect to the particular programs and services set out in this Arrangement.	2.2.2	Conformément à l’article 40 de la <i>Loi sur la gestion des finances publiques</i> , le financement des services prévus par cette entente est assujéti à l’affectation de crédits par le Parlement en ce qui concerne les programmes et services précis décrits dans cette entente.
	...		[. . .]
2.3	Surpluses and Deficits	2.3	Excédents et déficits
2.3.1	For each program or service identified as a Contribution in PART D—Program Budgets, Authorities and Monthly Expenditure Plan:	2.3.1	Pour chaque programme ou service faisant l’objet de contributions, d’après la Partie D—Budgets des programmes, autorisations et plan de dépenses mensuelles:
	(a) any Surplus shall be reimbursed by the Council to the Minister. Where there is more than one funding source for the program or service, the Council shall reimburse DIAND a portion equal to DIAND’s contribution to the program or service; and	a)	le Conseil doit rembourser au Ministre tout excédent. Lorsque le financement provient de plusieurs sources, le Conseil doit rembourser le MAINC une part égale à la contribution que celui-ci lui a accordée pour le programme ou le service; et
	...		[. . .]
4.0	DEFAULT AND REMEDIAL MANAGEMENT	4.0	MANQUEMENT ET MESURES DE REDRESSEMENT
	...		[. . .]
4.3	Notwithstanding section 4.2, in the event the Council is in default under this Arrangement, the Minister may take one or more of the following actions as may	4.3	Nonobstant la section 4.2, en cas de manquement du Conseil aux termes de la présente entente, le Ministre peut adopter l’une ou l’autre des mesures de

reasonably be necessary, having regard to the nature and extent of the default:

redressement suivantes qu'il estimera raisonnablement nécessaires, compte tenu de la nature et de l'importance du manquement:

...

[. . .]

(c) appoint, upon providing notice to the Council, a Third Party Manager;

c) désigner, sur avis au Conseil, un séquestre-administrateur pour celui-ci [. . .]

...

[. . .]

6.0 SUBJECT MATTER OF THE ARRANGEMENT

6.0 OBJET DE L'ENTENTE

6.1 This Arrangement is only for the funding and delivery of services in accordance with its terms and conditions. . . . [A.B., at pp. 160-170; my emphasis.]

6.1 La présente entente ne porte que sur le financement et la prestation de services conformément aux conditions mentionnées dans celle-ci [. . .] [D.A., aux pages 160 à 170; non souligné dans l'original.]

None of the programs and services described in the CFA relates to the payment of the Band's debts.

Parmi les programmes et services décrits dans l'EGF, aucun ne mentionne le paiement des dettes de la bande.

The Third Party Management Agreement

L'entente d'administration par tierce partie

[18] The relevant provisions are:

[18] Les dispositions pertinentes sont rédigées comme suit:

BETWEEN:

ENTRE:

HER MAJESTY THE QUEEN, IN RIGHT OF CANADA, as represented by the Minister of Indian Affairs and Northern Development

SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DU CANADA, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien

(hereinafter referred to as the "Minister")

(ci-après appelée le «Ministre»)

AND:

ET:

ANDREW C. ALKIER, CMC, who is providing services hereunder on behalf of the LAKE ST MARTIN FIRST NATION, a "band" as defined in the *Indian Act*

ANDREW C. ALKIER, CMC, qui fournit les services au nom de la PREMIÈRE NATION DE LAKE ST. MARTIN, une «bande» au sens de la *Loi sur les Indiens*,

(hereinafter referred to as the "Manager")

(ci-après appelé l' «Administrateur»)

WHEREAS:

ATTENDU QUE:

...

[. . .]

H. The Minister has appointed the Manager to administer, in whole or in part, the funding otherwise payable to the Council and to fulfil the Council's obligations under the CFA; and

H. Le Ministre a désigné l'Administrateur pour administrer, en totalité ou en partie, les fonds qui seraient autrement versés au Conseil et pour respecter les obligations du Conseil conformément à l'EGF [. . .]

[. . .]

2.0 PROGRAMS AND SERVICES**2.1 The Manager agrees to:**

- (a) deliver, on behalf of the Council, the programs and services provided for in PART D—Program Budgets, Authorities and Monthly Expenditure Plan of the Comprehensive Funding Arrangement, in accordance with the terms and conditions of the comprehensive Funding Arrangement. . . .
- (b) competently administer and manage, to the standard of a prudent professional manager, all funding advanced by the Minister pursuant to this Agreement, . . . and account to the Minister for the use of the funding advanced and the results achieved in terms of programs and services delivered to the Council's members.

. . .

4.0 FUNDING**4.1. Cash Payments**

- 4.1.1 The Minister shall make payments to the Manager, in accordance with the Federal Cash Management Policy, based on the amounts identified in PART D—Program Budgets, Authorities and Monthly Expenditure Plan of the Comprehensive Funding Arrangement.

. . .

- 4.1.3 The Minister shall advise the Manager, on a timely basis, of any expenditures reported by the Manager that the Minister deems unacceptable or not in conformance with the policies approved by the Minister.

- 4.1.4 The Minister shall hold-back ten percent (10%) of full and final payment under this Agreement due to the Manager until the Manager has fulfilled, to the Minister's satisfaction as confirmed in writing to the Manager, all reporting requirements of this Agreement, . . .

- 4.1.5 Subject to subsection 4.1.6, and notwithstanding anything to the contrary in the Comprehensive Funding Arrangement, any Surplus, as defined in the Comprehensive Funding Arrangement, or other amount owing by the Manager to the Minister is a debt due and payable when it arises. . .

2.0 PROGRAMMES ET SERVICES**2.1 L'Administrateur accepte:**

- a) d'offrir, au nom du Conseil, les programmes et services prévus à la Partie D—Budgets de programmes, autorisations et plan de dépenses mensuel de l'Entente globale de financement en conformité avec les conditions de l'Entente globale de financement [. . .]
- b) d'administrer et de gérer sagement, conformément aux normes applicables à un gestionnaire professionnel et prudent, tous les fonds versés par le Ministre conformément à la présente entente [. . .] et de rendre compte au Ministre de l'utilisation des fonds avancés et des résultats obtenus en matière de prestation de programmes et services aux membres du Conseil.

[. . .]

4.0 FINANCEMENT**4.1 Paiements en espèces**

- 4.1.1 Le Ministre versera des paiements à l'Administrateur en conformité avec la Politique de gestion de la trésorerie du gouvernement fédéral, selon les montants prescrits à la Partie D—Budgets des programmes, autorisations et plan de dépenses mensuel de l'Entente globale de financement.

[. . .]

- 4.1.3 Le Ministre doit aviser l'Administrateur le plus tôt possible de toute dépense figurant dans les rapports de l'Administrateur qu'il considère inacceptable ou non conforme aux politiques qu'il a approuvées.

- 4.1.4 Le Ministre peut retenir dix pour cent (10 %) du paiement final et complet des honoraires de l'Administrateur dans le cadre de cette entente jusqu'à ce que ce dernier ait respecté, à la satisfaction du Ministre, telle que confirmée par écrit, toutes les exigences de cette entente relatives aux rapports [. . .]

- 4.1.5 Sous réserve de 4.1.6, et nonobstant toute disposition au contraire de l'Entente globale de financement, tout excédent, au sens de l'Entente globale de financement, ou tout autre montant que l'administrateur doit remettre au Ministre constitue une dette à rembourser [. . .]

4.1.6 Notwithstanding anything to the contrary set out in the Comprehensive Funding Arrangement, the Manager shall deposit any Surplus, as defined in the Comprehensive Funding Arrangement, into an interest bearing trust account until the Minister provides direction on the use of these funds.

...

5.0 MINISTER'S OBLIGATIONS

5.1 The Minister shall:

- (a) transfer the funding required to administer the programs and services referred to in this Agreement to the Manager to be held by the Manager in trust for the purposes provided for in this Agreement, and subject to applicable terms and conditions contained herein;
- (b) at the Manager's request, provide any publicly available fiscal management policies, information or guidelines produced by the Minister which are relevant to the funding provided for in this Agreement;

...

6.0 MANAGER'S OBLIGATIONS

6.1 Funding

6.1.1 The Manager shall:

- (a) accept the funding provided by the Minister subject to the terms and conditions provided in this Agreement and use such funding only for the purposes expressly provided for herein;
- (b) assume all of the obligations of the Council as set out in the Comprehensive Funding Arrangement as though the Manager were the signatory thereto and carry out these obligations in accordance with the terms and conditions contained therein, as amended by the terms of this Agreement;
- (c) ensure that no budget amount that has been approved by the Minister is exceeded without the prior written consent of the Minister;
- (d) pay all accounts in respect of programs and services when due, and
- (e) not co-mingle funding provided hereunder with funds of or from the Council or any person, government agency or entity not a party to this Agreement.

4.1.6 Nonobstant toute disposition contraire dans l'Entente globale de financement, l'Administrateur doit déposer toute somme excédentaire, au sens de l'Entente globale de financement dans un compte productif d'intérêts jusqu'à ce que le Ministre l'instruise sur l'utilisation de ces fonds.

[. . .]

5.0 OBLIGATIONS DU MINISTRE

5.1 Le Ministre doit:

- a) transférer à l'Administrateur le financement nécessaire à la gestion des programmes et services dont il est question dans cette entente. Celui-ci détiendra ces fonds en fiducie aux fins prévues dans cette entente sous réserve de ses conditions applicables;
- b) à la demande de l'Administrateur, fournir toute politique de gestion financière, toute information ou toute ligne directrice publiques produites par le Ministre et qui se rapportent au financement prévu dans cette entente.

[. . .]

6.0 OBLIGATION DE L'ADMINISTRATEUR

6.1 Financement

6.1.1 L'Administrateur doit:

- a) accepter le financement transféré par le Ministre sous réserve des conditions de cette entente et utiliser ces fonds uniquement aux fins qui y sont expressément décrites;
- b) assurer toutes les obligations du Conseil prévues dans l'Entente globale de financement, comme si l'Administrateur l'avait signée, et respecter ces obligations conformément aux conditions qui y sont décrites, telles que modifiées par les conditions de cette entente;
- c) prendre soin de ne dépasser aucun montant du budget approuvé par le Ministre sans avoir obtenu au préalable son consentement écrit;
- d) payer tous les comptes des programmes et services à leur échéance;
- e) ne pas confondre les fonds fournis en vertu de la présente entente avec des fonds provenant du Conseil ou de toute personne, agence gouvernementale ou entité qui n'est pas partie à cette entente.

6.2 Funding Account

6.2.1 The Manager shall establish an account with a recognized Canadian financial institution in the Manager's name, with the explicit notation that the account is established in trust ("Funding Account") into which all funding, advanced by the Minister under this Agreement shall be deposited, other than the Surplus funds identified in subsection 4.1.6.

6.3 Management Plan, Debt Reduction Plan and Remedial Management Plan

6.3.1 The Manager shall review the Council's books and records, advise the financial institution where the main credit facility of the Council resides of the appointment of the TPM, and . . . develop and provide to the Minister for the Minister's approval:

...

(b) a debt reduction plan, which shall include:

- (i) an aged listing of accounts receivable and accounts payable and a list of the total debt/liabilities of the Council's total consolidated operations. . . .

including amounts, terms and payment obligations, terms upon which the Manager has tentatively renegotiated (subject to Minister and the Council approval) the debt, or proposes to renegotiate the debt, including a schedule proposed by the Manager for repayment of the debt, proposed use of Surplus funds in respect thereof, and details of meetings arranged by the Manager between the Council, the Manager and the Council's creditors; and

...

and the Manager shall implement the budget/expenditure plan and comply with it from and after the Minister has approved it, and will take all reasonable steps to prepare for implementation of the debt reduction plan and the Remedial Management Plan upon their approval by the Minister and will implement them in full upon receiving the approval of the Council. The Manager shall seek a band council resolution ("BCR") signed by a quorum of the Council as evidence of the Council's approval. . .

...

6.2 Compte de dépôt du financement

6.2.1 L'Administrateur doit établir en son nom un compte auprès d'une institution financière canadienne reconnue en précisant que ce compte, dans lequel doit être déposé tout le financement transféré par le Ministre conformément à cette entente, à l'exception des fonds excédentaires définis en 4.1.6, est détenu en fiducie.

6.3 Plan de gestion, plan de réduction de la dette et plan de redressement

6.3.1 L'Administrateur doit examiner les registres et dossiers du Conseil, informer de sa nomination comme administrateur l'établissement financier où le Conseil a obtenu ses principales facilités de crédit [. . .] et [. . .] soumettre l'approbation du Ministre:

[. . .]

b) un plan de réduction de la dette comprenant:

- (i) une liste suffisamment ancienne des comptes à recevoir et des comptes à payer, et la liste de toutes les dettes ou tous les éléments de passif des opérations générales du Conseil [. . .]

notamment les montants, les modalités et les obligations de paiement, les modalités suivant lesquelles l'administrateur a provisoirement renégoié (sous réserve de l'autorisation du Ministre et du conseil) la dette ou propose de la renégocier, y compris un échéancier pour son remboursement, l'utilisation proposée des fonds excédentaires à cet égard et les détails relatifs aux réunions qu'il a organisées pour discuter avec le Conseil et ses créanciers; et

[. . .]

et l'administrateur doit mettre en œuvre le budget et le plan des dépenses et s'y conformer dès que le Ministre l'a approuvé, et il doit prendre toutes les mesures raisonnables pour préparer la mise en œuvre du plan de réduction de la dette et du plan de redressement dès qu'ils sont approuvés par le Ministre et il en assure la mise en œuvre en totalité sur réception de l'approbation du Conseil. L'Administrateur obtiendra comme preuve de l'approbation du Conseil une résolution du Conseil de bande (RCB) signée par un nombre de conseillers équivalent au quorum [. . .]

[. . .]

6.6 General

...

6.6.5 The Manager takes on the obligations associated with the funding and administration of programs and services for the benefit of the Council's members as provided in this Agreement, and assumes no liability for any actions of the Council, or any of its employees on staff, arising prior to the date of executing this Agreement, which without limiting the generality of the foregoing will include outstanding debts incurred by any employee of the Council or the Council itself; nor for actions of the Council arising hereafter that have not been authorized or consented to by the Manager.

...

14.0 GENERAL

...

14.4 The parties acknowledge that the Manager is not an employee, servant, officer or agent of the Minister, and it is not intended by the parties that any term of this Agreement be interpreted as creating such a relationship and the Manager will not so represent itself. [A.B., at pp. 144-154; my emphasis.]

Analysis

[19] Counsel and the Judge have examined, applied or distinguished various decisions which have no binding authority on this Court and none of which—counsel agreed—is directly on point. I did not find these cases very helpful as the present matter is to be resolved in the light of the relevant agreements. I hasten to add that these reasons do not address the status of funds held in a band's account where no third party manager has been appointed.

— A debt owing or accruing

[20] It is fair to say that the words “a debt owing or accruing” mean, in the context of garnishment proceedings, a sum of money which is now payable or will become payable in the future by reason of an existing and certain obligation and which is or will

6.6 Généralités

[. . .]

6.6.5 L'Administrateur assume les obligations associées au financement et à l'administration des programmes et services au profit des membres du Conseil, comme il est prévu dans cette entente. L'Administrateur n'accepte aucune responsabilité pour les actions du Conseil ou de tout employé du Conseil qui se sont produites avant la date de la signature de cette entente, qui comprennent, sans limiter la généralité de ce qui précède, les dettes actives encourues par tout employé du Conseil ou par le Conseil lui-même, ni pour les actions du Conseil qui se produiront ultérieurement et qui n'ont pas été approuvées ou autorisées par lui.

[. . .]

14.0 GÉNÉRALITÉS

[. . .]

14.4 Les parties reconnaissent que l'Administrateur n'est ni un employé ni un serviteur ou un agent du Ministre et l'Administrateur ne doit pas non plus se présenter comme tel dans une entente qu'il conclut avec une tierce partie. [D.A., aux pages 144 à 154; non souligné dans l'original.]

Analyse

[19] Les avocats et le juge ont examiné, appliqué ou distingué diverses décisions qui ne lient pas notre Cour. Aucune de ces décisions, de l'aveu même des avocats, ne porte directement sur la question en l'espèce. Je considère que cette jurisprudence n'est pas très utile, étant donné que la question qui nous est posée doit recevoir une réponse au vu des ententes pertinentes. Je m'empresse d'ajouter que ces motifs ne traitent pas du statut des fonds qui se trouveraient dans le compte d'une bande pour laquelle on n'a pas nommé de séquestre-administrateur.

— Créances échues ou à échoir

[20] Il est raisonnable de dire que les termes «créances échues ou à échoir», pris dans le contexte d'une procédure de saisie-arrêt, s'appliquent à une somme d'argent qui est exigible ou qui le deviendra dans l'avenir par suite d'une obligation existante et certaine et

become recoverable in an action (see John A. Yogis, *Canadian Law Dictionary*, 5th ed. (Hauppauge, N.Y.: Barron's, 2003), at page 74; *Words & Phrases: Judicially Defined in Canadian Courts and Tribunals* (Toronto: Carswell, 1993) (Suppl. 1998), at page 217; Daphne A. Dukelow and Betsy Nuse, *Dictionary of Canadian Law*, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 1995), at page 301; *Words and Phrases Legally Defined*, 3rd ed. (London: Butterworths, 1989), Vol. 2, at page 21; *Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases*, 6th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2000), Vol. 1, at page 612; *Black's Law Dictionary*, 7th ed. (St. Paul, Minn.: West Group, 1999), at page 410; *Central Capital Corp. (Re)* (1996), 27 O.R. (3d) 494 (C.A.), at pages 531-532; *Ross v. HVL D Systems (1997) Ltd.* (1999), 170 D.L.R. (4th) 600 (Sask. C.A.); *Bank of Montreal v. I.M. Krisp Foods Ltd.* (1996), 140 D.L.R. (4th) 33 (Sask. C.A.); *Siegner v. Pettipas* (2000), 191 Nfld. & P.E.I.R. 170 (P.E.I.S.C.T.D.)).

[21] Even though the French text of rule 449 uses "positive" language, "créances échues ou à échoir," it has the same meaning, in my view, as the English text. To quote from *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec lexique anglais-français*, (Montréal: Wilson & Lafleur, 1996), at page 149, a "créance" is "un droit personnel en vertu duquel une personne, appelée créancier, peut exiger d'une autre, appelée débiteur, l'exécution d'une obligation, le paiement d'une dette" ["a personal right where by a person, called creditor, may require from another, called debtor, the execution of an obligation, the payment of a debt"].

[22] I therefore agree with the Federal Court Judge when, at paragraph 38 of his reasons, he says that for a debt to exist, the creditor must "have the legal right to unconditional payment."

— Whether the moneys are public funds

[23] It is settled law that Crown funds are immune from a garnishment order unless a statute expressly provides otherwise (see *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at pages 116-118, Wilson J.; Hogg and Monahan, *Liability of the Crown*, 3rd ed. (Toronto: Carswell, 2000), at page 56). It has been observed that

dont on peut obtenir le paiement immédiatement ou plus tard par voie d'action (voir John A. Yogis, *Canadian Law Dictionary*, 5^e éd. (Hauppauge, N.Y.: Barron's, 2003) à la page 74; *Termes et locutions définis par les tribunaux canadiens* (Toronto: Carswell, 1993) (suppl. 1998), à la page 217; Daphne A. Dukelow et Betsy Nuse, *Dictionary of Canadian Law*, 2^e éd. Toronto: Carswell, 1995), à la page 301; *Words and Phrases Legally Defined*, 3^e éd. (Londres: Butterworths, 1989) vol. 2, à la page 21; *Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases*, 6^e éd. (Londres: Sweet & Maxwell, 2000), vol. 1, à la page 612; *Black's Law Dictionary*, 7^e éd. (St. Paul, Minn.: West Group, 1999), à la page 410; *Central Capital Corp. (Re)* (1996), 27 O.R. (3d) 494 (C.A.), aux pages 531 et 532; *Ross v. HVL D Systems (1997) Ltd.* (1999), 170 D.L.R. (4th) 600 (C.A. Sask.); *Bank of Montreal v. I.M. Krisp Foods Ltd.* (1996), 140 D.L.R. (4th) 33 (C.A. Sask.); *Siegner v. Pettipas* (2000), 191 Nfld. & P.E.I.R. 170 (C.S. 1^{re} inst. Î.-P.-É.)).

[21] Même si la version française de la règle 449 utilise une terminologie «positive», à savoir «créances échues ou à échoir», selon moi elle a le même sens que la version anglaise. Selon le *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec lexique anglais-français*, 2^e tirage (Montréal: Wilson et Lafleur, 1996), à la page 149, une «créance» est «un droit personnel en vertu duquel une personne, appelée créancier, peut exiger d'une autre, appelée débiteur, l'exécution d'une obligation, le paiement d'une dette».

[22] Par conséquent, je partage l'avis du juge de la Cour fédérale lorsqu'il déclare, au paragraphe 38 de ses motifs, que l'existence d'une créance est subordonnée au fait que le créancier a «légalement droit au paiement sans condition».

— Les fonds en cause sont-ils des fonds publics?

[23] Il est bien établi en droit que les fonds publics échappent à toute ordonnance de saisie-arrêt, sauf disposition législative expresse à l'effet contraire (voir l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, aux pages 116 à 118, la juge Wilson.; Hogg et Monahan, *Liability of the Crown*, 3^e éd. (Toronto:

the common law immunity in that regard has been replaced by the statutory immunity set out in section 29 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 31] of the *Crown Liability and Proceedings Act* (R.S.C., 1985, c. C-50, as amended [s. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21)]) (see Sgayias D. et al., *The Annotated 1995 Crown Liability and Proceedings Act* (Toronto: Carswell, 1994), at page 119).

[24] This immunity is relevant where the Crown, as here, is not the judgment debtor, but may perhaps be the third party who owes money to the judgment debtor. Should it be found that the moneys held by the manager have retained their status of public funds, Crown immunity would prevent the garnishment of the funds.

[25] By its very words and intent, it seems to me that the TPMA is based on the premise that the moneys paid in the account of the manager remain public funds at least until such time as they are effectively used for the delivery of the programs and services determined under the CFA. The status of the funds once they leave the manager's bank account is not a question I need to decide and I pass no comment on it.

[26] The Band is not a party to the TPMA. The manager administers the funding otherwise payable to the Council under the CFA (paragraph H of the recitals to the TPMA). The funding is advanced by the Minister to the manager pursuant to the TPMA (paragraph 2.1(b), subsection 4.1.1, paragraph 6.1.1(a), subsection 6.2.1). The moneys are "held by the Manager in trust for the purposes provided for" in the TPMA (paragraph 5.1(a) and the manager can only establish an account with a recognized bank "with the explicit notation that the account is established in trust" (subsection 6.2.1). Any surplus or balance is to be returned to the Minister (paragraph 11.2(a)). Any surplus or other amount owing by the manager to the Minister is a "debt due and payable" to the Minister (subsection 4.1.5). Any surplus shall be deposited by the manager "into an interest bearing trust account until the Minister provides direction on the use of these funds" (subsection 4.1.6). The moneys can "only" be "used" by the manager "for

Carswell, 2000), à la page 56). On a aussi fait remarquer que l'immunité prévue par la common law a été remplacée par l'immunité prévue à l'article 29 [mod. par L.C. 2001, ch. 4, art. 49] de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* (L.R.C. (1985), ch. C-50, et modifications [art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21)]) (voir Sgayias D. et al., *The Annotated 1995 Crown Liability and Proceedings Act* (Toronto: Carswell, 1994), à la page 119).

[24] Cette immunité est pertinente lorsque, comme en l'espèce, la Couronne n'est pas le débiteur judiciaire, mais est peut-être un tiers ayant une dette envers le débiteur judiciaire. Si nous devons conclure que les fonds détenus par l'administrateur sont toujours des fonds publics, l'immunité de la Couronne interdirait toute saisie-arrêt de ces fonds.

[25] Tant par son libellé que par son objectif, il me semble que l'EATP est fondée sur la prémisse que les sommes versées dans le compte de l'administrateur conservent leur statut de fonds publics, au moins jusqu'à ce qu'ils aient effectivement été utilisés aux fins des programmes et services prévus dans l'EGF. Le statut des fonds qui ont été retirés du compte bancaire de l'administrateur n'est pas une question que j'ai à trancher en l'espèce et je ne ferai aucun commentaire à ce sujet.

[26] La bande n'est pas partie à l'EATP. L'administrateur administre les fonds qui seraient autrement versés au conseil en vertu de l'EGF (paragraphe H des attendus de l'EATP). Les fonds sont remis par le ministre à l'administrateur en vertu de l'EATP (alinéa 2.1b), paragraphe 4.1.1, alinéa 6.1.1a) et paragraphe 6.2.1). Les fonds sont détenus par l'administrateur «en fiducie aux fins prévues» dans l'EATP (alinéa 5.1a) et l'administrateur ne peut établir un compte dans une banque reconnue qu'en précisant que «ce compte [...] est détenu en fiducie» (paragraphe 6.2.1). Tout excédent ou solde doit être remis au ministre (alinéa 11.2a)). Tout excédent ou tout autre montant que l'administrateur doit remettre au ministre constitue une «dette à rembourser» au ministre (paragraphe 4.1.5). L'administrateur doit déposer toute somme excédentaire «dans un compte productif d'intérêts jusqu'à ce que le ministre l'instruise sur l'utilisation de ces fonds» (paragraphe 4.1.6). L'administrateur peut «utiliser» ces

the purposes expressly provided for” in the TPMA (subsection 6.1.1). The accounts in respect of programs and services are only payable by the manager “when due” (paragraph 6.1.1(d)). The manager “assumes no liability for any actions of the Council . . . arising prior to the date of execution of” the TPMA, “which without limiting the generality of the foregoing will include outstanding debts incurred . . . by the Council itself” (subsection. 6.6.5).

[27] The word “trust” in paragraph 5.1(a) and subsection 6.2.1 of the TPMA should not be read in isolation. It is a “trust account” the TPMA is referring to, i.e. an account established by a first person (the manager) to hold funds in the hands of that person but which are intended for a second person (the Band). The trust account is used to prevent the intermingling of the personal funds of the manager with the funds paid by the Minister (see paragraph 6.1.1(e) of the TPMA). The use of a trust fund is not determinative of the relationship between the first and the second person (see *Air Canada v. M & L Travel Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 787), but it is an indication that the person in whose name the account stands claims no personal interest in the funds. That fact is consistent with the funds retaining their character as public funds at least until such time as they are used by the manager for the purposes expressly provided in the TPMA (see paragraph 6.1.1(a)).

[28] In these circumstances, the moneys advanced by the Minister to the manager and held by the latter in his account have retained their status of public funds. As such, they cannot be garnished.

— Whether the Band has a legal right to unconditional payment

[29] Even if the moneys were found no longer to be public funds, it could not be said that they are debts owing to the Band within the meaning of rule 449. The documents make it clear that the Band has no unconditional right to be paid the funds. The Band has no contract with the manager and so the Band has no contractual right to call upon him to pay them the funds. The Band’s contract is with the Minister. The fact that the funds are intended to be spent on members of the

fonds «uniquement aux fins qui [. . .] sont expressément décrites» dans l’EATP (paragraphe 6.1.1). Les comptes des programmes et services sont payables par l’administrateur uniquement «à leur échéance» (alinéa 6.1.1d)). L’administrateur «n’accepte aucune responsabilité pour les actions du conseil [. . .] qui se sont produites avant la date de la signature» de l’EATP «qui comprennent, sans limiter la généralité de ce qui précède, les dettes actives encourues [. . .] par le conseil lui-même» (paragraphe 6.6.5).

[27] Le terme «fiducie» que l’on trouve à l’alinéa 5.1a) et au paragraphe 6.2.1 de l’EATP doit être placé en contexte. L’EATP parle d’un «compte en fiducie», à savoir un compte établi par la première personne (l’administrateur) pour y détenir des fonds à l’usage de la deuxième personne (la bande). Le compte en fiducie a pour but d’éviter la confusion entre les fonds propres de l’administrateur et ceux versés par le ministre (voir l’alinéa 6.1.1e) de l’EATP). L’utilisation d’une fiducie n’est pas déterminative à l’égard du rapport entre la première personne et la seconde (voir *Air Canada c. M & L Travel Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 787), mais elle tend à indiquer que le titulaire du compte ne réclame aucun intérêt personnel dans les fonds détenus. Ceci est cohérent avec le fait que les fonds conserveraient leur caractère de fonds publics, au moins jusqu’à ce qu’ils aient été utilisés par l’administrateur aux fins expressément prévues dans l’EATP (voir l’alinéa 6.1.1a)).

[28] Dans ces circonstances, les fonds avancés par le ministre à l’administrateur et détenus par ce dernier dans son compte conservent leur statut de fonds publics. Ils ne peuvent donc faire l’objet d’une saisie-arrêt.

— La bande a-t-elle légalement droit au paiement sans condition?

[29] Même si l’on concluait que les fonds en cause ne sont plus des fonds publics, on ne pourrait conclure qu’ils constituent une créance échue due à la bande, au sens de la règle 449. La documentation démontre clairement que la bande n’a aucun droit inconditionnel aux fonds en cause. La bande n’a pas de contrat avec l’administrateur et elle n’a donc aucun droit contractuel d’exiger qu’il lui verse les fonds. C’est avec le ministre que la bande a un contrat. Le fait que les fonds doivent

Band does not make them a debt.

[30] Finally, the very idea that a creditor of the Band could garnish the bank account of the manager is incompatible with one of the main functions of a third party manager, i.e. to prepare a debt reduction plan (subsection 6.3.1 of the TPMA). The very purpose of a debt reduction plan, as appears from paragraph 6.3.1(b), is to identify the outstanding debts, to renegotiate them *à la baisse* and to set a schedule for their repayment. To allow a creditor to garnish the manager's account and to fully pay himself in priority is to make the debt reduction plan impracticable and illusory and disregards the wording of paragraph 11.4.3(b) which requires "an effort to ensure that creditors are treated in a fair and equitable manner."

[31] For all these reasons, I have reached the conclusion that the moneys advanced by the Minister to the manager and held by the latter in a bank account cannot be garnished as they are not "a debt owing or accruing" to the Band for the purposes of rule 449. I would therefore allow the appeal, but without costs as they were not sought by the appellant nor by Mr. Alkier.

[32] At the hearing, the Court raised an argument of a procedural nature which, if accepted, would vitiate the proceedings undertaken by the respondent employees. The garnishment, as ordered by the Prothonotary on August 7, 2003, pertained to "all debts due or accruing due from CIBC . . . to Andrew C. Alkier . . . as third party manager of the Judgment Debtor (Lake St. Martin Indian Band)" (A.B., at page 104). It did not pertain to the debts allegedly due or accruing due from Mr. Alkier to the Band. Indeed, Mr. Alkier is not, properly speaking, a garnishee in these proceedings. Counsel for all parties have urged the Court not to decide this appeal on the basis of this procedural argument. I agree, to the extent that I make it an additional ground on which the appeal ought to be allowed.

[33] With respect to the issue of costs, it appears that it is by inadvertence that the Federal Court Judge granted

être dépensés au bénéfice des membres de la bande ne les transforme pas en créance.

[30] Finalement, l'idée même qu'un créancier de la bande puisse obtenir la saisie-arrêt du compte bancaire de l'administrateur est incompatible avec l'une des fonctions principales du séquestre-administrateur, à savoir de préparer un plan de réduction de la dette (paragraphe 6.3.1 de l'EATP). L'objectif même d'un plan de réduction de la dette, comme il ressort de l'alinéa 6.3.1b), est d'identifier les comptes à payer, les renégocier à la baisse et établir un échéancier de remboursement. Le fait d'autoriser un créancier à obtenir une saisie-arrêt du compte de l'administrateur et ainsi le plein paiement de sa créance en priorité rendrait illusoire et impraticable le plan de réduction de la dette et va à l'encontre du libellé de l'alinéa 11.4.3b) qui prévoit un effort pour «assurer que les créanciers soient traités de manière juste et équitable».

[31] Pour tous ces motifs, je suis arrivé à la conclusion que les fonds avancés par le ministre à l'administrateur, détenus par ce dernier dans un compte bancaire, ne peuvent faire l'objet d'une saisie-arrêt puisqu'ils ne constituent pas des «créances échues ou à échoir» de la bande aux fins de la règle 449. Par conséquent, j'accueillerais l'appel, sans dépens toutefois puisque ni l'appelant ni M. Alkier ne les ont réclamés.

[32] À l'audience, la Cour a soulevé une question de procédure. Si on y donne suite, l'instance introduite par les employés intimés serait viciée. La saisie-arrêt ordonnée par le protonotaire le 7 août 2003 visait «toutes les créances échues ou à échoir dont la CIBC [. . .] est redevable à Andrew C. Alkier [. . .] en qualité de tiers administrateur du débiteur judiciaire (la bande indienne de Lake St. Martin)» (D.A., à la page 104). Elle ne visait pas les créances qui auraient été dues ou à échoir dont M. Alkier aurait été redevable à la bande. En fait, M. Alkier n'est pas à proprement parler un tiers-saisi en l'espèce. Les avocats de toutes les parties ont demandé à la Cour de ne pas trancher l'appel sur cette question de procédure. Je suis d'accord, tout en concluant qu'il s'agit là d'un motif additionnel d'accueillir l'appel.

[33] S'agissant de la question des dépens, il semble que c'est par inadvertance que le juge de la Cour

costs despite counsel's agreement at the end of the hearing before him not to seek any. The appeal in that regard should therefore be allowed, so as to respect the will of the parties. I would not order costs on the issue of costs. The matter could have been raised in a less formal way through a motion for reconsideration under rule 397.

Disposition

[34] The appeal in file A-524-03 should be allowed without costs, the decisions of the Federal Court Judge and of the Prothonotary should be set aside and an order should go to the effect that the moneys held by Mr. Alkier in his capacity as third party manager in his account with the Canadian Imperial Bank of Commerce are not attachable by the respondent employees and not subject to garnishment.

[35] The appeal in file A-540-03 should be allowed without costs.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

PELLETIER J.A.: I agree.

fédérale a accordé les dépens, nonobstant l'entente entre les avocats en fin d'audience pour y renoncer. L'appel à cet égard devrait donc être accueilli, ce qui respecte la volonté des parties. Je n'accorderais pas de dépens sur la question des dépens, puisqu'on aurait pu la soulever d'une façon moins formelle par voie de requête en réexamen en vertu de la règle 397.

Dispositif

[34] L'appel portant le numéro de dossier A-524-03 devrait être accueilli sans dépens, les décisions du juge de la Cour fédérale et de la protonotaire annulées, et une ordonnance délivrée portant que les fonds détenus par M. Alkier dans son compte de séquestre-administrateur à la Banque canadienne impériale de commerce ne peuvent faire l'objet d'une saisie-arrêt au bénéfice des employés intimés.

[35] L'appel portant le numéro de dossier A-540-03 devrait être accueilli sans dépens.

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

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

T-1730-03
2004 FC 679

T-1730-03
2004 CF 679

Carmel Raïche, Ian Oliver, l'Association des municipalités du Nouveau-Brunswick Inc., Bathurst Regional Airport Commission Inc., Greater Bathurst Chamber of Commerce and City of Bathurst (Applicants)

Carmel Raïche, Ian Oliver, l'Association des municipalités du Nouveau-Brunswick Inc., la Commission régionale de l'aéroport de Bathurst Inc., la Chambre de commerce du grand Bathurst et la Ville de Bathurst (demandeurs)

v.

c.

The Attorney General of Canada (Respondent)

Procureur général du Canada (défendeur)

and

et

The Commissioner of Official Languages of Canada (Intervener)

Commissaire aux langues officielles du Canada (intervenante)

INDEXED AS: RAÏCHE v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.)

RÉPERTORIÉ: RAÏCHE c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.F.)

Federal Court, Shore J.—Fredericton, May 3 and 4; Ottawa, May 11, 2004.

Cour fédérale, juge Shore—Fredericton, 3 et 4 mai; Ottawa, 11 mai 2004.

Constitutional Law — Charter of Rights — Democratic Rights — Judicial review of Royal Proclamation transferring certain New Brunswick parishes to different electoral district — Whether Charter, s. 3 infringed and, if so, whether proclamation saved by Charter, s. 1 — Purpose of right to vote to afford effective representation, not just parity of voting power — Factors to be considered — No Charter violation unless electoral boundaries as established could not have been set by reasonable persons applying appropriate principles — Affidavits of citizens, conflicting expert witness affidavits of political science professors, considered — Importance of M.P.'s ability to communicate in French — Report of Attorney General's expert criticized for non-consideration of Charter, s. 3 legal principles — Minority group's fears of inadequate representation not without foundation — Region unique as having Canada's highest concentration of Acadians — As voter parity primary consideration, s. 3 not breached — But if breached, not saved by s. 1.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits démocratiques — Contrôle judiciaire d'une proclamation royale transférant certaines paroisses du Nouveau-Brunswick à différentes circonscriptions électorales — La Proclamation portait-elle atteinte à l'art. 3 de la Charte, et, dans l'affirmative, était-elle sauvegardée par l'article premier de la Charte? — Le droit de vote vise une représentation effective, pas seulement la parité du pouvoir électoral — Facteurs dont on doit tenir compte — Il n'y a violation de la Charte que dans les cas où des personnes raisonnables, appliquant les principes appropriés, n'auraient pas pu tracer les limites existantes des circonscriptions — Examen d'affidavits de citoyens, d'affidavits contradictoires de professeurs de sciences politiques — Importance de la capacité du député à communiquer en français — Le rapport de l'expert du procureur général a été critiqué parce qu'il ne tenait pas compte des principes juridiques de l'art. 3 de la Charte — Les craintes d'une minorité de ne pas être adéquatement représentée n'étaient pas sans fondement — La région est unique car elle possède la plus grande concentration d'Acadiens au Canada — Le critère primordial étant l'égalité des suffrages, l'art. 3 n'a pas été enfreint — Mais, s'il a été enfreint, la violation n'est pas sauvegardée par l'article premier.

Elections — Judicial review of Royal Proclamation re: transfer of certain New Brunswick parishes to different electoral district — Administration of Electoral Boundaries

Élections — Contrôle judiciaire d'une proclamation royale transférant certaines paroisses du Nouveau-Brunswick à différentes circonscriptions électorales — Explication de

Readjustment Act explained — Reason for impugned transfer: to correct electoral quota imbalance between adjoining ridings — Argued that transfer will prejudice region's economic, social development — Concepts of community of interests, identity — Complaints made to Commissioner of Official Languages — Whether Proclamation contravening Readjustment Act, s. 15 — Standard of review of Commission decisions — Act empowers Commission to deviate from voter parity principle in appropriate circumstances — Commission failing to correctly interpret Act by disregarding whether community of interest justifying departure from principle variance not to exceed 10% — Variance may exceed 25% in extraordinary circumstances — Commission not having regard to evidence Acadian minority in Miramichi without representation — Court not believing community's political power depending only on attaining critical mass — Court rejecting argument Readjustment Act, as specific legislation, prevailing over Official Languages Act — Court empowered to set Commission decision aside, not to restore Acadie-Bathurst electoral district to what had been as would usurp role of Parliament.

Official Languages — Judicial review of Proclamation regarding transfer of certain New Brunswick parishes from Acadie-Bathurst riding to Miramichi — Whether OLA, Part VII contravened — Whether OLA, s. 41 applicable to readjustment Commission's final report — Court rejecting submission Readjustment Act as specific legislation, prevailing over OLA, law of general application — Part VII declaratory, not executory so need not always be given effect to by Government, federal institutions — S. 42 not enforceable.

Federal Court Jurisdiction — Judicial review of Proclamation re: transfer of certain New Brunswick parishes to different electoral district — Whether Court having jurisdiction re: decisions under Official Languages Act, Part VII — Conflicting F.C.A. case law considered — Fundamental principle of law: if right exists, Court can enforce it — F.C. having power to quash Commission decision but not to restore electoral district to what had been — To do so would usurp role of Parliament.

This was an application for judicial review of a Crown proclamation whereby the New Brunswick parish of Allardville and part of the parishes of Saumarez and Bathurst were transferred from the federal electoral district of Acadie-Bathurst to the Miramichi electoral district.

l'administration de la Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales — Motif du transfert contesté: corriger l'inégalité de quotient électoral entre circonscriptions voisines — Le transfert nuirait au développement social et économique de la région — Concepts de communauté d'intérêts, de spécificité — Plaintes adressées à la commissaire aux langues officielles — La Proclamation portait-elle atteinte à l'art. 15 de la Loi sur la révision? — Norme de contrôle des décisions de la Commission — La Loi permet à la Commission de déroger au principe de la parité électorale quand les circonstances le justifient — La Commission a mal interprété la Loi en ne se demandant pas si la communauté d'intérêts justifiait une dérogation au principe que l'écart ne doit pas dépasser 10 p. 100 — L'écart peut dépasser 25 p. 100 dans des circonstances extraordinaires — La Commission n'a pas tenu compte de la preuve que la minorité acadienne à Miramichi n'avait pas de représentation — La Cour ne croyait pas que le pouvoir politique d'une collectivité ne dépend seulement que de l'atteinte d'une masse critique — La Cour a rejeté l'argument que la Loi sur la révision, qui est d'application spécifique, a préséance sur la Loi sur les langues officielles — La Cour était habilitée à annuler la décision de la Commission mais non à rétablir la circonscription électorale Acadie-Bathurst telle qu'elle était avant car elle se trouverait à usurper le rôle du Parlement.

Langues officielles — Contrôle judiciaire d'une proclamation concernant le transfert de certaines paroisses du Nouveau-Brunswick de la circonscription électorale d'Acadie-Bathurst à Miramichi — La partie VII de la LLO a-t-elle été violée? — L'article 41 de la LLO est-il applicable au rapport final de la Commission sur la révision? — La Cour a rejeté la prétention que la Loi sur la révision, qui est d'application spécifique, a préséance sur la LLO qui est une loi d'application générale — La partie VII de la LLO est déclaratoire plutôt qu'exécutoire et ni le gouvernement fédéral ni les institutions fédérales ne sont obligés de toujours y donner suite — L'art. 42 n'est pas exécutoire.

Compétence de la Cour fédérale — Contrôle judiciaire d'une proclamation transférant certaines paroisses du Nouveau-Brunswick à une circonscription électorale différente — La Cour avait-elle compétence pour intervenir dans les décisions rendues sous le régime de la partie VII de la Loi sur les langues officielles? — Examen de la jurisprudence contradictoire de la C.A.F. — En vertu d'un principe fondamental de droit, la Cour peut faire respecter un droit qui existe — La C.F. a compétence pour annuler la décision de la Commission mais non pour rétablir la circonscription électorale telle qu'elle était — Agir ainsi équivaudrait à usurper le rôle du Parlement.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une proclamation royale par laquelle la paroisse d'Allardville et une partie des paroisses de Saumarez et de Bathurst au Nouveau-Brunswick ont été transférées de la circonscription électorale fédérale d'Acadie-Bathurst à celle de Miramichi.

The number of electoral districts in each province (which determines each province's representation the House of Commons) and in the electoral district boundaries are readjusted following each decennial census to reflect population movements in accordance with the *Constitution Act, 1867* and the *Electoral Boundaries Readjustment Act*. A non-partisan, independent Commission is established to examine existing boundaries and make appropriate changes. It devises a plan, including maps, which is published in the newspaper. Following community consultations, a final readjustment plan is proposed. The Chief Electoral Officer then refers the report to the Speaker of the House of Commons and a draft electoral representation order is prepared. Once proclaimed, it takes effect on the first dissolution of Parliament that occurs at least one year after proclamation.

The reasoning behind the impugned transfers was that, if the boundaries were not adjusted, the Acadie-Bathurst electoral district would have an almost +14 percent variance from the electoral quota, while the neighbouring Miramichi district would have a -21 percent variance. But a number of individuals who spoke at the public hearings advocated preservation of the status quo, citing concepts of community of interests and of identity. It was suggested that one could not imagine a region more linguistically homogeneous and culturally distinct than Acadie-Bathurst. It was urged that the proposed changes would prejudice the economic and social development of northeastern New Brunswick. A petition supporting the status quo, signed by 2,656 people, was presented.

These views were not reflected in the Commission's report to the Standing Committee on Procedure and House Affairs and three complaints against the Commission were received by the Commissioner of Official Languages. The Commissioner determined that the complaints were admissible. The objective of the investigation was to determine whether the Commission had had regard to *Official Languages Act*, (OLA) section 41. The commitment in OLA, Part VII required that the Commission assess the disadvantages and harmful consequences perceived by the official language minority community, having regard to the consequences of the changes for the development and vitality of the francophone community. The Commissioner was not persuaded that the Commission had discharged its responsibilities under OLA, section 41. The Standing Committee said that leaving the current boundaries alone and accepting the + 14% variance was both allowable and preferable but the Commission's final decision was "to return the Parish of Saumarez and a portion of the Parish of Allardville including Saint-Sauveur into the

Le nombre de circonscriptions électorales de chaque province, qui détermine la représentation de chacune à la Chambre des communes, et les limites des circonscriptions sont révisés après chaque recensement décennal dans le but de refléter les mouvements de la population conformément à la *Loi constitutionnelle de 1867* et à la *Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales*. Une commission non partisane et indépendante est établie pour étudier les limites actuelles des circonscriptions et y apporter les changements nécessaires. Elle propose un plan, accompagné de cartes géographiques, qui est publié dans les journaux. Après consultation des membres de la collectivité, un plan final de redécoupage est proposé. Le directeur général des élections présente ensuite le rapport de la Commission au président de la Chambre des communes et il prépare un projet de décret de représentation électorale. Une fois promulgué, le projet de décret entre en vigueur à la première dissolution du Parlement au moins un an après sa proclamation.

Le raisonnement qui sous-tend les transferts contestés était que si ces circonscriptions n'étaient pas redécoupées, la circonscription d'Acadie-Bathurst aurait un écart de presque +14 p. 100 par rapport au quotient électoral, alors que la circonscription voisine de Miramichi aurait un écart de -21 p. 100. Cependant, un certain nombre de personnes, qui se sont exprimées lors des audiences publiques, ont favorisé le maintien du statu quo en invoquant les notions de communauté d'intérêts et de spécificité. Elles ont soutenu qu'il est difficile d'imaginer une région qui soit plus linguistiquement homogène et culturellement distincte que celle d'Acadie-Bathurst. On a plaidé que les changements proposés nuiraient à la poursuite du développement social et économique du nord-est du Nouveau-Brunswick. Une pétition signée par 2 656 personnes a été présentée en faveur du statu quo.

Ce point de vue n'a pas été exprimé dans le rapport de la Commission qui a été présenté au comité permanent de la procédure et des affaires de la Chambre et la commissaire aux langues officielles a reçu trois plaintes contre la Commission. La commissaire a jugé les plaintes recevables. L'enquête avait pour objectif d'évaluer dans quelle mesure la Commission avait tenu compte de l'article 41 de la *Loi sur les Langues Officielles* (LLO). L'engagement prévu à la partie VII de la LLO obligeait la Commission à évaluer les inconvénients et conséquences néfastes que la communauté minoritaire de langue officielle percevait, compte tenu des conséquences des changements apportés à la circonscription sur le développement et l'épanouissement de la communauté francophone. La commissaire n'a pas été convaincue que la Commission a satisfait aux responsabilités qui lui incombent en vertu de l'article 41 de la LLO. Le Comité permanent a affirmé que laisser les limites actuelles telles quelles et accepter un écart d'environ +14 p. 100 est à la fois permis et préférable, mais la Commission a finalement décidé «de

electoral district of ACADIE-BATHURST. The Parish of Bathurst and portion of the Parish of Allardville will remain in the electoral district of MIRAMICHI”.

The issues were: (1) whether the Proclamation contravenes Charter, section 3; (2) if so, whether the Proclamation was saved by section 1; (3) what standard of review was applicable to Commissions decision; (4) whether the Proclamation contravenes Readjustment Act, section 15; (5) whether the Proclamation offends against OLA, Part VII; and (6) what remedies does the Court have jurisdiction to grant?

Held, the application should be granted but the declaration of invalidity should be suspended for one year to allow the authority in question time to choose the manner in which to give effect to the relief granted.

(1) The Supreme Court of Canada has held that the purpose of the right to vote, guaranteed by Charter, section 3, is to afford effective representation and not just parity of voting power. The Court pointed out that even with a census being carried out on a frequent basis, it is impossible to guarantee that there would be exactly the same number of voters in each district. Factors such as geography, community history and interests as well as minority representation must be taken into account in order to ensure the legislatures effectively represent the diversity of the Canadian social mosaic. Still, only those deviations which can be justified as contributing to the better government of the population as a whole should be permitted. The Supreme Court has further held that a Charter, section 3 violation ought not be found unless “reasonable persons applying the appropriate principles . . . could not have set the electoral boundaries as they exist”. While the policy of voting power parity stresses the importance of the individual, the community of interest principle stresses the group. Since finding the balance between the two is not an exact science, courts should respect the choices made by commissions so long as they are defensible.

Applicants introduced the affidavit evidence of seven residents of the former electoral district of Acadie-Bathurst attesting to the strong linguistic, historic, social and administrative ties that exist in that riding and the relative absence of such ties with Miramichi. In addition, they filed the affidavit of a political science professor. This expert witness concluded that the parishes of Allardville and Bathurst are part of a single community of interest with the other parishes of the former electoral district of Acadie-Bathurst. The Attorney General brought forward evidence of a political scientist whose

réintégrer la paroisse de Saumarez et une partie de la paroisse d’Allardville, incluant Saint-Sauveur, à la circonscription d’Acadie-Bathurst. La paroisse de Bathurst et une partie de la paroisse d’Allardville resteront dans la circonscription de Miramichi».

Les questions en litige étaient les suivantes: 1) la Proclamation porte-t-elle atteinte à l’article 3 de la Charte? 2) s’il y a violation de la Charte, était-elle sauvegardée par l’article premier? 3) quelle est la norme de contrôle de la décision de la Commission? 4) la Proclamation contrevient-elle à l’article 15 de la Loi sur la révision? 5) la Proclamation contrevient-elle à la partie VII de la LLO? 6) quels sont les recours disponibles eu égard à la compétence de cette Cour?

Jugement: la Cour accueille la demande mais suspend la déclaration d’invalidité pour une période d’un an, pour permettre à l’autorité en question de donner effet au redressement accordé.

1) La Cour suprême du Canada a statué que l’objet du droit de vote garanti par l’article 3 de la Charte est d’assurer une représentation effective, et non seulement la parité du pouvoir électoral. La Cour a souligné que même à l’aide de recensements fréquents, il n’est pas possible de garantir exactement le même nombre d’électeurs dans chaque district. Des facteurs tels les caractéristiques géographiques, l’histoire et les intérêts de la collectivité et la représentation des groupes minoritaires doivent être pris en considération si l’on veut que les assemblées législatives représentent efficacement la diversité de la mosaïque sociale canadienne. Ne devraient être permis que des écarts qui se justifient parce qu’ils permettent de mieux gouverner l’ensemble de la population. La Cour suprême du Canada a aussi établi que l’on ne devrait conclure à une violation de l’article 3 de la Charte que dans les cas où «des personnes raisonnables, appliquant les principes appropriés, n’auraient pas pu tracer les limites existantes des circonscriptions». Alors que le principe de la parité du pouvoir électoral donne une importance particulière à l’individu, le principe de la communauté d’intérêts donne une importance au groupe. Comme trouver un équilibre entre les deux n’est pas une science exacte, les tribunaux devraient respecter les choix des commissions si leurs décisions sont défendables.

Les demandeurs ont déposé une preuve par affidavit de sept résidents de l’ancienne circonscription d’Acadie-Bathurst attestant qu’il y a de forts liens linguistiques, historiques, sociaux et administratifs dans cette circonscription et très peu de liens avec Miramichi. Ils ont aussi déposé l’affidavit d’un professeur en sciences politiques. Ce témoin expert a conclu dans son rapport que les paroisses d’Allardville et de Bathurst font partie d’une même communauté d’intérêts avec d’autres paroisses de l’ancienne circonscription d’Acadie-Bathurst. Le procureur général a déposé en preuve le témoignage d’un

opinion was that the fears of the Acadie-Bathurst residents were groundless. They could still have services in French, since both Canada and New Brunswick are bilingual. What did it matter if their MP did not speak French? The applicants' evidence was preferred. Respondent's expert did not disagree with the empirical findings of applicants' witness and the latter's report could be faulted for failing to take into consideration the legal principles in Charter, section 3. The Supreme Court has recognized that the fears of a minority group that it may not be adequately represented by its MP are not without basis for, in a democracy, the reality is that, faced with the conflicting interests of the majority and a minority, the elected representative may have to choose to represent the majority interest. Again, the report of the Attorney General's expert was open to criticism as containing hypotheticals and being largely based on speculation. Finally, this witness had a tendency to exaggerate certain points while disregarding facts which refuted his hypothesis—especially on the economic community of interest issue.

At the Commission hearings, the people explained that the region is unique as it has the highest concentration of Acadians in Canada and they reminded Commission members of the historical wrongs that had been done to the Acadians. While the Commission accepted that there was a community of interest in Acadie-Bathurst, it determined that a -21 percent variance was simply too large. Voter parity being the primary consideration in determining whether a population has effective representation, Charter, section 3 had not been violated.

(2) In the event that this conclusion might be found to be in error, the Court considered whether a breach would be justifiable under Charter, section 1. In an application of the test in *Oakes*, a court has to balance individual rights against the needs of society. The burden herein was on respondent but the Attorney General offered nothing on this point and so failed to demonstrate justification. Accordingly, if the Charter had been breached, there was no Charter, section 1 justification.

(3) The next issue was the standard of review of Commission decisions in determining whether the Proclamation was in contravention of Readjustment Act, section 15. That statute fails to define "community of interest" but gives the Commission discretion to depart from the principle of voter parity in certain circumstances. Still, the Attorney General's position exaggerated the degree of discretion given. While this issue was a question of mixed fact and law, it was more law-intensive since it involved the interpretation of section 15 and that reduced the deference that

professeur en sciences politiques selon lequel les craintes des résidents en Acadie-Bathurst étaient sans fondement. Ils pourront toujours recevoir des services en français parce que le Canada et le Nouveau-Brunswick sont tous deux bilingues. Quelle importance que leur député ne sache pas parler français? La Cour a préféré la preuve des demandeurs. L'expert du défendeur n'a pas exprimé de désaccord avec les conclusions empiriques du témoin des demandeurs et le rapport de ce dernier peut être critiqué pour ne pas avoir tenu compte des principes juridiques de l'article 3 de la Charte. La Cour suprême a reconnu que les craintes d'une minorité de ne pas être adéquatement représentée par son député n'étaient pas sans fondement, puisque la réalité d'une démocratie est qu'un député, partagé entre les besoins de la majorité et ceux d'une minorité, choisira souvent de défendre les intérêts de la majorité. De même, le rapport de l'expert du procureur général était sujet à critiques, car il contenait beaucoup d'hypothèses et reposait en grande partie sur la spéculation. Enfin, ce témoin avait tendance à exagérer certains points tout en négligeant les faits qui vont à l'encontre de son hypothèse—particulièrement lorsqu'il parle de la communauté d'intérêts économiques.

Pendant les audiences de la Commission les gens ont expliqué que la région est unique parce qu'elle a la plus grande concentration d'Acadiens au Canada et ils ont rappelé aux membres de la Commission les torts historiques causés aux Acadiens. Bien que la Commission ait accepté qu'il y avait une communauté d'intérêts en Acadie-Bathurst, elle a décidé qu'un écart de -21 p. 100 était tout simplement trop grand. Le critère primordial pour décider si une population jouit d'une représentation effective étant l'égalité des suffrages, l'article 3 de la Charte n'a pas été violé.

2) Dans l'éventualité où cette conclusion serait erronée, la Cour a examiné si une violation pouvait être justifiée par l'article premier de la Charte. En vertu du critère de l'arrêt *Oakes*, la Cour doit pondérer les droits de l'individu et les besoins de la société. En l'espèce c'est le défendeur qui avait le fardeau de la preuve, mais le procureur général n'a rien avancé à ce sujet, et il n'a donc pas démontré que la violation était justifiée. Par conséquent, si la Charte a été violée, il n'y avait aucune justification en vertu de l'article premier de la Charte.

3) La question suivante était la norme de contrôle des décisions de la Commission quant à savoir si la Proclamation contrevenait à l'article 15 de la Loi sur la révision. Cette Loi ne définit pas «communauté d'intérêts» mais elle accorde à la Commission le pouvoir discrétionnaire de déroger au principe de la parité électorale dans certaines circonstances. La position du procureur général exagérait le degré de discrétion accordé à la Commission. Bien que cette question soit une question mixte de fait et de droit, elle était plus de nature juridique parce qu'elle impliquait l'interprétation de l'article 15, ce qui

has to be shown by the Court. The standard of reasonable decision was here applicable.

(4) In deciding as it did, the Commission thought it important to keep the variance under 10 percent. It thought either that there was already a strong enough Acadian minority in Miramichi to be able to give the parishes to be transferred from Acadie-Bathurst a voice, or that by adding Acadian communities to Miramichi there would be a strong enough minority that it would be able to insist that its MP represent its interests. The Commission failed to interpret the Act according to its spirit by neglecting to consider whether there were electoral districts where, having regard to regional community of interest or geographic features, it would be desirable to depart from the general principle that the variance ought not exceed 10 percent. Under Act, paragraphs 15(1)(a) and (b), commissions are required to consider a reasonable departure from the electoral quota to recognize the community of interest and identity in or the historical pattern of an electoral district as well as to maintain a manageable geographic size for districts in sparsely populated, rural or northern regions. But in extraordinary circumstances a variance exceeding 25 percent can be accepted. The Commission declined to consider whether subsection 15(2) (which authorizes a variance not to exceed 25 percent but only in exceptional circumstances) applied to the case of Acadie-Bathurst. The numbers were the only reason for adding the parishes to Miramichi.

Nor had the Commission regard to the material before it in determining that Allardville, Saumarez and Bathurst would have effective representation when included in the Miramichi electoral district. The evidence was to the effect that the Acadian minority in Miramichi did not have effective representation. The MP for Acadie-Bathurst testified that Miramichi's francophones came to him for help, their MP being a unilingual anglophone.

Also problematic was the conclusion that adding francophone communities to the Miramichi Acadian community would impart to it added weight. In fact, as a result of the transfer of the parishes, the percentage of francophones actually fell from 34 to 33 percent. The Court did not believe that the political power of a community depended only upon attaining a critical mass. The Commission erred in concluding that there was, or could be, a community of interest in Miramichi and so its decision had to be set aside.

(5) The Attorney General submitted that OLA, section 41 had no application to the Commission's final report because the commitment in Part VII extended only to the Government

réduisait la déférence que devait manifester la Cour. La norme de contrôle applicable en l'espèce était celle de la décision raisonnable.

4) Pour parvenir à cette décision, la Commission a cru important de maintenir un écart de moins de 10 p. 100. Elle a pensé soit qu'il y avait déjà une minorité acadienne suffisamment forte à Miramichi pour pouvoir donner une voix aux paroisses qui seront transférées d'Acadie-Bathurst, soit qu'en ajoutant des communautés acadiennes à Miramichi il y aura une minorité assez forte pour qu'elle puisse exiger du député qu'il représente ses intérêts. La Commission n'a pas interprété la Loi selon son esprit car elle n'a pas examiné s'il y avait des circonscriptions où, vu la communauté d'intérêts ou la géographie de la région, il serait souhaitable de déroger au principe général que l'écart ne devrait pas dépasser 10 p. 100. En vertu des alinéas 15(1)a) et b) de la Loi, les commissions sont obligées d'envisager une dérogation raisonnable du quotient électoral pour respecter une communauté d'intérêts, la spécificité d'une circonscription électorale d'une province, son évolution historique ou pour faire en sorte que la superficie des circonscriptions dans les régions peu peuplées, rurales ou septentrionales de la province ne soit pas trop vaste. Mais un écart de plus de 25 p. 100 peut être accepté dans des circonstances extraordinaires. La Commission a refusé de considérer si le paragraphe 15(2) (lequel ne permet un écart de plus de 25 p. 100 que dans des circonstances extraordinaires) était applicable à la circonscription d'Acadie-Bathurst. Les chiffres étaient la seule et unique raison pour ajouter des paroisses à Miramichi.

La Commission n'a pas non plus tenu compte des éléments dont elle disposait quand elle a décidé que les paroisses d'Allardville, de Saumarez et de Bathurst auraient une représentation effective lorsqu'elles feraient partie de la circonscription de Miramichi. La preuve démontrait que la minorité acadienne à Miramichi n'avait pas de représentation effective. Le député d'Acadie-Bathurst a témoigné que des francophones de Miramichi venaient le voir pour obtenir de l'aide, leur député étant un anglophone unilingue.

La conclusion que l'ajout de collectivités francophones à la communauté acadienne de Miramichi donnerait plus de poids à celle-ci est tout aussi problématique. En fait, après le transfert des paroisses, le pourcentage des francophones est passé de 34 p. 100 à 33 p. 100. La Cour ne croyait pas que le pouvoir politique d'une collectivité dépende de l'atteinte d'une masse critique. La Commission a commis une erreur en concluant qu'il y avait, ou pourrait y avoir, une communauté d'intérêts à Miramichi, et sa décision doit donc être annulée.

5) Le procureur général a soutenu que l'article 41 de la LLO n'était pas applicable au rapport final de la Commission parce que l'engagement énoncé à la partie VII visait

of Canada and the electoral boundaries commissions do not form part of the Government. The Court agreed with the Official Languages Commissioner that the OLA applies to both the Government of Canada and the government institutions. The Court could not accept respondent's submission that the Readjustment Act, as specific legislation, should prevail over the OLA, a law of general application. There was no inconsistency between the obligations imposed by the two statutes. The Court did, however, agree with respondent's argument, that OLA, Part VII is declaratory rather than executory so that neither the Government nor federal institutions must always give effect to Part VII. That section 42 uses "shall" with reference to the Government's obligations but not in respect of government institutions although some other parts of the OLA do use imperative language in describing the role of government institutions, would suggest that section 42 is declaratory, not enforceable.

A further question was whether this Court had judicial review jurisdiction in respect of decisions made under OLA, Part VII. While there is conflicting Federal Court of Appeal case law on point, *Devinat v. Canada (Immigration and Refugee Board)* applied. There the Court of Appeal quoted with approval the following statement made in a judgment of the Judicial Committee of the Privy Council: "If the right exists, the presumption is that there is a Court which can enforce it". "This being a fundamental principle of law, the Court should not interpret the law as granting a right but denying a remedy, unless the law expressly precludes that remedy. The OLA does not expressly preclude a remedy and this court does have jurisdiction under *Federal Courts Act*, section 18.1.

Part VII being declaratory, the Court must show considerable deference to the Commission. But, while the Commission made an attempt to apply Part VII in accordance with Parliamentary intent, it failed to do so because its findings of fact were erroneous.

(6) The Court lacked jurisdiction to restore the electoral district of Acadie-Bathurst to what it had been: it can set aside the Commission's decision but cannot substitute its own. It would be entirely inappropriate for that a Court to usurp Parliament's role by dictating the electoral boundaries of a province. So, while granting the application for judicial review, it was left to the authority in question to determine how effect will be given to the relief granted by the Court. The declaration of invalidity was suspended for one year to allow the authority in question time to devise the manner in which relief will be provided.

uniquement le gouvernement fédéral et les commissions de délimitation des circonscriptions électorales ne font pas partie du gouvernement du Canada. La Cour était d'accord avec la commissaire aux langues officielles que la LLO vise expressément les institutions gouvernementales ainsi que le gouvernement fédéral. La Cour n'acceptait pas la prétention du défendeur que la Loi sur la révision, qui est d'application spécifique, a préséance sur la LLO, qui est une loi d'application générale. Il n'y avait pas d'incompatibilité entre les obligations imposées par les deux lois. La Cour a toutefois accepté la prétention du défendeur que la partie VII de la LLO est déclaratoire plutôt qu'exécutoire et que ni le gouvernement fédéral ni les institutions fédérales sont obligés de toujours y donner suite. Le fait que l'article 42 utilise le mot «shall» en parlant des obligations du gouvernement, mais n'utilise pas ce mot en décrivant le rôle des institutions gouvernementales alors que d'autres parties de la LLO utilisent des mots impératifs en décrivant le rôle des institutions gouvernementales laisse entendre que l'article 42 est déclaratoire, et non pas exécutoire.

Une autre question était de savoir si la Cour a compétence pour contrôler les décisions rendues sous le régime de la partie VII de la LLO. Bien que la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale soit contradictoire à ce sujet, l'arrêt *Devinat c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)* s'appliquait. Dans cet arrêt, la Cour d'appel a cité avec approbation le commentaire suivant tiré d'un jugement du Comité judiciaire du Conseil privé: «Si le droit existe, il faut présumer qu'il existe un tribunal qui peut le faire respecter». Puisqu'il s'agit d'un principe de droit fondamental, la Cour ne doit pas interpréter la loi de manière à conférer un droit mais à rejeter un recours, à moins que la loi exclue ce recours expressément. La LLO n'exclut pas expressément un recours et la Cour a compétence en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

Étant donné que la partie VII est déclaratoire, la Cour doit démontrer beaucoup de déférence envers la Commission. Mais, bien que la Commission ait essayé d'appliquer la partie VII de la LLO selon l'intention du législateur, elle n'a pas réussi à le faire parce que ses conclusions de fait étaient erronées.

6) La Cour n'avait pas la compétence nécessaire pour rétablir la circonscription d'Acadie-Bathurst telle qu'elle existait: elle peut annuler la décision de la Commission, mais ne peut pas la remplacer par sa propre décision. Il serait tout à fait inapproprié pour une cour d'usurper le rôle du Parlement en dictant les limites électorales d'une province. Bien qu'elle ait accueilli la demande de contrôle judiciaire, la Cour a laissé le soin à l'instance décisionnelle en question de décider par quel moyen elle doit donner effet au redressement accordé par la Cour. La déclaration d'invalidité a été suspendue pour une période d'un an afin que l'instance décisionnelle en question puisse trouver une façon de donner effet au redressement.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part 1 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, 3.
- 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].
- Electoral Boundaries Readjustment Act*, R.S.C., 1985, c. E-3, s. 15 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 6, s. 2; S.C. 1998, c. 15, s. 25).
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
- Official Languages Act*, R.S.C. (1985) (4th Supp.), c. 31, ss. 41, 42 (as am. by S.C. 1995, c. 11, s. 27).
- Proclamation Declaring the Representation Order to be in Force Effective on the First Dissolution of Parliament that Occurs after August 25, 2004*, SI/2003-154.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED

- Ayangma v. Canada* (2002), 221 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); aff'd (2003), 303 N.R. 92 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [2003] S.C.C.A. No. 146 (QL).

APPLIED:

- Reference Re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; (1991), 81 D.L.R. (4th) 16; [1991] 5 W.W.R. 1; 127 N.R. 1; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 912; (2003), 227 D.L.R. (4th) 1; 108 C.R.R. (2d) 66; 306 N.R. 70; 176 O.A.C. 89; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *Devinat v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, [2000] 2 F.C. 212; (1999), 181 D.L.R. (4th) 441; 18 Admin. L.R. (3d) 243; 31 Admin. L.R. (3d) 174; 3 Imm. L.R. (3d) 1; 250 N.R. 326 (C.A.).

REFERRED TO:

- Lalonde v. Ontario (Health Services Restructuring Commission)* (2001), 56 O.R. (3d) 505 (Eng.); 56 O.R.

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, 3.
- 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].
- Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales*, L.R.C. (1985), ch. E-3, art. 15 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 6, art. 2; L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 45, ann. III, item 9(1); L.C. 1998, ch. 15, art. 25).
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
- Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 41, 42 (mod. par L.C. 1995, ch. 11, art. 27).
- Proclamation donnant force de loi au décret de représentation électorale à compter de la première dissolution du Parlement postérieure au 25 août 2004*, TR/2003-154.

JURISPRUDENCE

DÉCISION NON SUIVIE:

- Ayangma c. Canada* (2002), 221 F.T.R. 81 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (2003), 303 N.R. 92 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2003] C.S.C.R. n° 146 (QL).

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Renvoi: Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; (1991), 81 D.L.R. (4th) 16; [1991] 5 W.W.R. 1; 127 N.R. 1; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912; (2003), 227 D.L.R. (4th) 1; 108 C.R.R. (2d) 66; 306 N.R. 70; 176 O.A.C. 89; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *Devinat c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, [2000] 2 C.F. 212; (1999), 181 D.L.R. (4th) 441; 18 Admin. L.R. (3d) 243; 31 Admin. L.R. (3d) 174; 3 Imm. L.R. (3d) 1; 250 N.R. 326 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

- Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 505 (angl.); 56

(3d) 577 (Fr.); 208 D.L.R. (4th) 577; 38 Admin. L.R. (3d) 1; 89 C.R.R. (2d) 1; 153 O.A.C. 1 (C.A.); *Canada (Commissioner of Official Languages) v. Canada (Department of Justice)* (2001), 35 Admin. L.R. (3d) 46; 194 F.T.R. 181 (F.C.T.D.); *Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency)*, [2004] 1 F.C.R. 136; (2003), 239 F.T.R. 178 (T.D.).

APPLICATION for judicial review of a Royal Proclamation in relation to electoral boundaries redistribution in the Province of New Brunswick. Application granted, declaration of invalidity suspended for one year.

APPEARANCES:

Michel Doucet for applicants.
Rosemarie Millar for respondent.
Pascale Giguère for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

Patterson Palmer, Moncton, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Office of the Commissioner of Official Languages for intervener.

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

SHORE J.:

INTRODUCTION

[1] The question for consideration is one which gives substance to the entire discussion: was the community of interests, as well as its identity, the historical pattern of the electoral district in the province and its geographic aspect considered in addition to (population count) numbers, in accordance with the requirements of the *Electoral Boundaries Readjustment Act*?¹

HISTORY OF THE CASE

[2] This is an application for judicial review of a proclamation by Her Majesty the Queen entitled

O.R. (3d) 577 (fr.); 208 D.L.R. (4th) 577; 38 Admin. L.R. (3d) 1; 89 C.R.R. (2d) 1; 153 O.A.C. 1 (C.A.); *Canada (Commissaire aux langues officielles) c. Canada (Ministère de la Justice)* (2001), 35 Admin. L.R. (3d) 46; 194 F.T.R. 181 (C.F. 1^{re} inst.); *Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence d'inspection des aliments)*, [2004] 1 R.C.F. 136; (2003), 239 F.T.R. 178 (1^{re} inst.).

Demande de contrôle judiciaire d'une proclamation royale concernant une révision des limites de circonscriptions électorales dans la province du Nouveau-Brunswick. Demande accueillie, déclaration d'invalidité suspendue pour un an.

ONT COMPARU:

Michel Doucet pour les demandeurs.
Rosemarie Millar pour le défendeur.
Pascale Giguère pour l'intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Patterson Palmer, Moncton, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.
Commissariat aux langues officielles pour l'intervenante.

Voici les motifs de l'ordonnance et ordonnance rendus en français par

LE JUGE SHORE:

INTRODUCTION

[1] La question à considérer est la suivante, d'où découle tous les autres propos de la matière: est-ce que la communauté d'intérêts, la spécificité d'une circonscription électorale d'une province, l'évolution historique, ainsi que les aspects géographiques ont été considérés en plus des chiffres selon les critères de la *Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales*?¹

L'HISTORIQUE DE LA MATIÈRE

[2] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une proclamation de Sa Majesté la Reine intitulée

Proclamation Declaring the Representation Order to be in Force Effective on the First Dissolution of Parliament that Occurs after August 25, 2004 [SI/2003-154], in which the parish of Allardville and part of the parishes of Saumarez and Bathurst were transferred from the federal electoral district of Acadie-Bathurst to the federal electoral district of Miramichi.

[3] The applicants are asking:

(a) That a writ of *certiorari* be issued setting aside and quashing the Proclamation as it relates to the transfer of the following areas of the federal electoral district of Acadie-Bathurst to the federal electoral district of Miramichi, in New Brunswick:

That part of the county of Gloucester comprised of:

(i) that part of the parish of Allardville lying westerly of a line described as follows: commencing at the most northwesterly corner of the parish of Saumarez; thence northwesterly in a straight line to the most southwesterly corner of the parish of New Bandon;

(ii) that part of the parish of Bathurst lying westerly of a line described as follows: commencing at the intersection of the northerly limit of the parish of Allardville with highway No. 8; thence northerly along said highway to the southerly limit of the city of Bathurst;

At the hearing, the applicants asked that the following request for a writ of prohibition be deleted: ((b) That a writ of prohibition be issued against the respondent requiring that the respondent adhere to the boundaries of the electoral district of Acadie-Bathurst as they were drawn before the Commission was established).²

(c) Costs and disbursements; and

(d) Such further and other order as to this honourable Court may seem just.

FACTS

[4] The number of federal electoral districts in each province, which determines each province's

Proclamation donnant force de loi au décret de représentation électorale à compter de la première dissolution du Parlement postérieure au 25 août 2004 [TR/2003-154] où la paroisse d'Allardville et une partie des paroisses de Saumarez et de Bathurst ont été transférées de la circonscription électorale fédérale d'Acadie-Bathurst à celle de Miramichi.

[3] Les demandeurs demandent:

a) Qu'un bref de *certiorari* soit décerné annulant et infirmant la Proclamation en ce qui concerne le transfert des régions suivantes de la circonscription électorale fédérale d'Acadie-Bathurst à celle de Miramichi, au Nouveau-Brunswick:

La partie du comté de Gloucester constituée:

i) de la partie de la paroisse d'Allardville situé à l'ouest d'une ligne décrite comme suit: commençant à l'angle le plus au nord-ouest de la paroisse de Saumarez; de là vers le nord-ouest en ligne droite jusqu'à l'angle le plus au sud-ouest de la paroisse de New Bandon;

ii) de la partie de la paroisse de Bathurst située à l'ouest d'une ligne décrite comme suit: commençant à l'intersection de la limite nord de la paroisse d'Allardville avec la route No. 8; de là vers le nord suivant ladite route jusqu'à la limite sud de la cité de Bathurst;

À l'audition-même, les demandeurs ont demandé que le propos suivant concernant le bref de prohibition soit écarté: ((b) Qu'un bref de prohibition soit décerné à l'égard de la défenderesse afin qu'elle respecte la délimitation de la circonscription électorale d'Acadie-Bathurst telle qu'elle existait avant que la Commission ait été établie².)

c) Les coûts et les déboursés; et

d) Toute autre ordonnance que cette honorable Cour estime juste.

FAITS

[4] Le nombre de circonscriptions fédérales de chaque province, qui détermine la représentation de chacune à la

representation in the House of Commons, and the boundaries of the electoral districts are readjusted after each decennial census to reflect changes and movements in the population, in accordance with the *Constitution Act, 1867*³ and the Readjustment Act.

[5] Accordingly, a non-partisan and independent Commission is established to examine existing electoral boundaries and make appropriate changes. The Commission proposes a plan for the readjustment of federal electoral boundaries. That plan is published in newspaper advertisements containing maps of the proposed electoral boundaries. After the proposals are published, the Commission consults the communities affected by the changes to the electoral districts. After consulting the community, the Commission considers the recommendations and concerns of the community, proposes a final plan for the readjustment of federal electoral boundaries.

[6] The Chief Electoral Officer then refers the Commission's report to the Speaker of the House of Commons and prepares a draft electoral representation order.

[7] Once the draft representation order is complete, it is proclaimed, and takes effect on the first dissolution of Parliament that occurs at least one year after its proclamation.

[8] A Federal Electoral Boundaries Commission was established for New Brunswick (the Commission) on April 16, 2002, to propose a plan for the readjustment of federal electoral boundaries.

[9] On May 9, 2002, the Commission wrote an initial report setting out its proposals for the new boundaries of the electoral districts in New Brunswick.

[10] On June 29, 2002, the Commission published its proposals. Amongst others, it recommended that the parish of Allardville and part of the parishes of Saumarez and Bathurst be transferred from the federal electoral district of Acadie-Bathurst to the federal electoral district

Chambre des communes, et les limites des circonscriptions sont révisés après chaque recensement décennal dans le but de refléter les changements et les mouvements de la population, en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*³ et de la Loi sur la révision.

[5] À cette fin, une commission non partisane et indépendante est établie pour étudier les limites actuelles des circonscriptions et y apporter les changements nécessaires. La Commission propose un plan de redécoupage des circonscriptions fédérales. Ce plan est publié dans des annonces de journaux accompagnées de cartes géographiques des délimitations proposées. Après la publication des propositions, la Commission consulte les collectivités touchées par les changements dans les circonscriptions. Après avoir consulté la collectivité, la Commission, prenant en considération les recommandations et craintes de la collectivité, propose un plan final de redécoupage des circonscriptions fédérales.

[6] Le directeur général des élections présente ensuite le rapport de la Commission au président de la Chambre des communes et établit un projet de décret de représentation électorale.

[7] Une fois complété, le projet de décret est promulgué, et entre en vigueur à la première dissolution du Parlement au moins un an après sa proclamation.

[8] Une Commission de délimitation des circonscriptions électorales fédérales a été établie pour la province du Nouveau-Brunswick (la Commission) le 16 avril 2002, afin de proposer un plan de redécoupage des circonscriptions électorales fédérales.

[9] Le 9 mai 2002, la Commission a rédigé un premier rapport faisant état de ses propositions pour une nouvelle délimitation des circonscriptions électorales au Nouveau-Brunswick.

[10] Le 29 juin 2002, la Commission a publié ses propositions. Entre autres choses, elle a recommandé le transfert de la paroisse d'Allardville et d'une partie des paroisses de Saumarez et de Bathurst de la circonscription électorale fédérale d'Acadie-Bathurst à

of Miramichi. It made that recommendation because if the boundaries were not adjusted, the electoral district of Acadie-Bathurst would have an almost +14 percent variance from the electoral quota, while the neighbouring electoral district of Miramichi would have a variance of -21 percent.

[11] From September 3 to October 17, the Commission held nine public hearings and received submissions and comments from the communities regarding the proposed changes.

[12] At the public hearing for the electoral district of Miramichi held on September 4, 2002, in Miramichi, the Commission received two presentations out of six that dealt specifically with the above-mentioned changes. One presentation supported the Commission's recommendations, while the other opposed them.

[13] At the public hearing for the electoral district of Acadie-Bathurst held on September 5, 2002, in Caraquet, the members of the Commission heard 18 presentations from members of the public, 14 of which dealt specifically with the above-mentioned changes. The presenters asked that the parishes of Allardville, Saumarez and Bathurst be left in the electoral district of Acadie-Bathurst.

[14] The presenters supported preserving the status quo, citing the concepts of community of interests and community of identity. A number of them elaborated on those concepts, arguing that it is difficult to imagine a region that is more linguistically homogeneous and culturally distinct, with as much history, as the region of Acadie-Bathurst. They explained that a great deal of effort has been made in the past to develop the northeastern region of New Brunswick; the proposed changes to the electoral district would destroy what has been accomplished and interfere with further development, both social and economic.

[15] A petition signed by 2,656 people supporting the status quo was also submitted to the members of the Commission.

celle de Miramichi. Elle a fait cette recommandation parce que si ces circonscriptions n'étaient pas redécoupées, la circonscription d'Acadie-Bathurst aurait un écart de presque +14 % par rapport au quotient électoral, alors que la circonscription voisine de Miramichi aurait un écart de -21 %.

[11] Du 3 septembre au 17 octobre, la Commission a tenu neuf audiences publiques et a reçu des observations et commentaires des collectivités sur les changements proposés.

[12] Lors de l'audience publique pour la circonscription de Miramichi, tenue le 4 septembre 2002 à Miramichi, la Commission a reçu deux présentations sur six qui traitaient spécifiquement des changements susmentionnés. Une présentation appuyait les recommandations de la Commission, tandis que l'autre était contre.

[13] Lors de l'audience publique pour la circonscription d'Acadie-Bathurst, tenue le 5 septembre 2002 à Caraquet, les membres de la Commission ont reçu 18 présentations des membres du public, dont 14 traitaient spécifiquement des changements susmentionnés. On revendiquait le maintien des paroisses d'Allardville, de Saumarez et de celle de Bathurst dans la circonscription d'Acadie-Bathurst.

[14] Les intervenants ont favorisé le maintien du statu quo en invoquant les notions de communauté d'intérêts et de spécificité. Plusieurs ont élaboré sur ces notions, en soutenant qu'il est difficile d'imaginer une région qui soit plus linguistiquement homogène et culturellement distincte, avec autant d'histoire, que celle d'Acadie-Bathurst. Selon ces personnes, on a consacré beaucoup d'efforts dans le passé pour développer la région du nord-est du Nouveau-Brunswick; les changements proposés à la circonscription détruiraient ce qui est en place et nuiraient à la poursuite de ce développement, tant sur le plan social qu'économique.

[15] Une pétition signée par 2 656 personnes en faveur du statu quo a également été remise aux membres de la Commission.

DECISION OF THE COMMISSION

[16] In the report that the Commission presented to the Standing Committee on Procedure and House Affairs, the Commission maintained its recommendation that the parish of Allardville and part of the parishes of Saumarez and Bathurst be transferred from the federal electoral district of Acadie-Bathurst to the federal electoral district of Miramichi.⁴

[17] In February 2003, after the Commission's report was submitted, the Commissioner of Official Languages (the Commissioner) received three complaints against the Commission. The complainants challenged the changes to the electoral boundaries proposed by the Commission for the electoral district of Acadie-Bathurst.

[18] The Commissioner determined the complaints to be admissible. The objective of the investigation was to determine the extent to which the Commission had had regard to section 41 of the *Official Languages Act*⁵ when it decided to redraw the boundaries of the electoral district of Acadie-Bathurst.

[19] The Commissioner concluded that the commitment set out in Part VII of the OLA required that the Commission assess the disadvantages and harmful consequences perceived by the official language minority community, having regard to the consequences of the changes made to the electoral district for the development and vitality of the francophone community.⁶ The Commissioner concluded:

[TRANSLATION] The Commission's report has not persuaded me that it fully examined the impact of its recommendations on the development and vitality of the official language minority community in the electoral district of Acadie-Bathurst, and I cannot conclude from it that the Commission has discharged its responsibilities in that respect under section 41 of the *Official Languages Act*. . . .⁷

[20] The Standing Committee on Procedure and House Affairs, which reviewed the Commission's report, also said:

The Committee, therefore, agrees with Mr. Godin's assertion that in this case, leaving the current boundaries alone and accepting a variance of approximately +14% is both allowable and preferable.

DÉCISION DE LA COMMISSION

[16] Dans son rapport qui a été présenté au Comité permanent de la procédure et des affaires de la Chambre, la Commission a maintenu sa recommandation que la paroisse d'Allardville et une partie des paroisses de Saumarez et de Bathurst soient transférées de la circonscription électorale fédérale d'Acadie-Bathurst à celle de Miramichi⁴.

[17] En février 2003, après l'émission du rapport de la Commission, la commissaire aux langues officielles (la commissaire) a reçu trois plaintes contre la Commission. Les plaignants contestaient les changements de délimitation des circonscriptions électorales proposés par la Commission à l'égard de la circonscription Acadie-Bathurst.

[18] La commissaire a jugé les plaintes recevables. L'enquête avait pour objectif d'évaluer dans quelle mesure la Commission avait tenu compte de l'article 41 de la *Loi sur les langues officielles*⁵, lorsqu'elle a décidé de redéfinir les nouvelles limites de la circonscription électorale d'Acadie-Bathurst.

[19] La commissaire a conclu que l'engagement prévu à la partie VII de la LLO obligeait la Commission à évaluer les inconvénients et conséquences néfastes que la communauté minoritaire de langue officielle percevait, compte tenu des conséquences des changements apportés à la circonscription sur le développement et l'épanouissement de la communauté francophone⁶. La commissaire a conclu:

Le rapport de la Commission ne m'a pas convaincue qu'elle a pleinement examiné l'impact de ses recommandations sur le développement et l'épanouissement de la communauté minoritaire de langue officielle de la circonscription d'Acadie-Bathurst, et ne me permet pas de conclure que la Commission a satisfait aux responsabilités qui lui incombent à cet égard en vertu de l'article 41 de la *Loi sur les langues officielles*⁷ [. . .]

[20] Le Comité permanent de la procédure et des affaires de la Chambre, en révisant le rapport de la Commission a également indiqué:

Le Comité est donc d'accord avec l'affirmation de M. Godin voulant que dans ce cas-ci, laisser les limites actuelles telles quelles et accepter un écart d'environ +14 p. 100 est à la fois permis et préférable.

The Committee directs the attention of the Boundaries Commission and other readers to its general comments below, which look to a more practicable approach aimed at achieving a long-term solution to an issue which it suspects will re-occur.⁸

[21] After taking the objections made by the Committee into consideration, the Commission decided “to return the Parish of Saumarez and a portion of the Parish of Allardville including Saint-Sauveur into the electoral district of Acadie-Bathurst. The Parish of Bathurst and a portion of the Parish of Allardville will remain in the electoral district of Miramichi.”⁹

ISSUES

Section 3 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter)

[22] Does the Proclamation contravene the Charter?

[23] If there is a Charter violation, is it safeguarded by section 1 of the Charter?

Judicial Review

[24] What is the standard of review for a decision of the Commission?

[25] Does the Proclamation contravene section 15 [as am. by R.S.C., (1985) (2nd supp.), c. 6, s. 2; S.C. 1998, c. 15, s. 25] of the Readjustment Act?

Part VII of the OLA

[26] Does the Proclamation contravene Part VII of the OLA?

Remedies

[27] What remedies are available, having regard to the jurisdiction of this Court?

Le Comité prie la Commission de délimitation et les autres intervenants de prendre connaissance des observations générales qu’il formule ci-dessous et dans lesquelles on examine une approche plus pratique afin de tenter de trouver une solution à long terme à un problème qui devrait selon nous se présenter de nouveau⁸.

[21] Après avoir étudié les oppositions déposées par le Comité, la Commission a décidé: «de réintégrer la paroisse de Saumarez et une partie de la paroisse d’Allardville, incluant Saint-Sauveur, à la circonscription d’Acadie-Bathurst. La paroisse de Bathurst et une partie de la paroisse d’Allardville resteront dans la circonscription de Miramichi⁹.»

QUESTIONS EN LITIGE

L’article 3 de la Charte canadienne des droits et libertés [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte)

[22] La Proclamation porte-t-elle atteinte à la Charte?

[23] S’il y a une violation de la Charte, est-elle sauvée aux termes de l’article 1 de la Charte?

Contrôle judiciaire

[24] Quelle est la norme de contrôle de la décision de la Commission?

[25] La Proclamation contrevient-elle à l’article 15 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 6, art. 2; L.R.C. (1985) (4^e suppl.) ch. 1, art. 45, ann. III, item 9(1); L.C. 1998, ch. 15, art. 25] de la Loi sur la révision?

Partie VII de la LLO

[26] La Proclamation contrevient-elle à la partie VII de la LLO?

Recours

[27] Quels sont les recours disponibles en égard à la compétence de cette Cour?

ANALYSIS

Section 3 of the CharterDoes the Proclamation contravene the Charter?

[28] In *Reference Re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*,¹⁰ the Supreme Court of Canada examined the principles set out in section 3 of the Charter.¹¹ McLachlin J. (as she then was), writing for the majority, concluded that the purpose of the right to vote enshrined in section 3 of the Charter was the right to effective representation, and not merely parity of voting power.¹²

[29] In the opinion of McLachlin J., the conditions of effective representation are as follows:

But parity of voting power, though of prime importance, is not the only factor to be taken into account in ensuring effective representation.

...

Notwithstanding the fact that the value of a citizen's vote should not be unduly diluted, it is a practical fact that effective representation often cannot be achieved without taking into account countervailing factors.

First, absolute parity is impossible. It is impossible to draw boundary lines which guarantee exactly the same number of voters in each district. Voters die, voters move. Even with the aid of frequent censuses, voter parity is impossible.

Secondly, such relative parity as may be possible of achievement may prove undesirable because it has the effect of detracting from the primary goal of effective representation. Factors like geography, community history, community interests and minority representation may need to be taken into account to ensure that our legislative assemblies effectively represent the diversity of our social mosaic. These are but examples of considerations which may justify departure from absolute voter parity in the pursuit of more effective representation; the list is not closed.

It emerges therefore that deviations from absolute voter parity may be justified on the grounds of practical impossibility or the provision of more effective representation. Beyond this, dilution of one citizen's vote as compared with another's should not be countenanced. I adhere to the proposition asserted in *Dixon, supra*, at p. 414, that "only

ANALYSE

L'article 3 de la CharteLa Proclamation porte-t-elle atteinte à la Charte?

[28] Dans l'arrêt *Renvoi: Circ. électorales provinciales (Sask.)*¹⁰ la Cour suprême du Canada a examiné les principes de l'article 3 de la Charte¹¹. Le juge McLachlin (telle qu'elle était à l'époque), écrivant pour la majorité, a conclu que l'objet du droit de vote garanti à l'article 3 de la Charte est le droit à une représentation effective, et non seulement la parité du pouvoir électoral¹².

[29] Selon le juge McLachlin, les conditions de la représentation effective sont les suivantes:

La parité du pouvoir électoral est d'importance primordiale mais elle n'est pas le seul facteur à prendre en compte pour assurer une représentation effective.

[. . .]

Nonobstant le fait que la valeur du vote d'un citoyen ne devrait pas être indûment affaiblie, c'est une réalité pratique que souvent la représentation effective ne peut être atteinte sans que l'on tienne compte de facteurs inverses.

Tout d'abord, la parité absolue est impossible. En effet, il n'est pas possible de fixer les limites des circonscriptions de façon à garantir exactement le même nombre d'électeurs dans chaque district. Des électeurs meurent, d'autres déménagent. Même à l'aide de recensements fréquents, la parité électorale est impossible.

Deuxièmement, la parité relative qu'il est possible d'atteindre peut ne pas être souhaitable si elle a pour effet de détourner du but principal, qui est la représentation effective. Des facteurs tels les caractéristiques géographiques, l'histoire et les intérêts de la collectivité et la représentation des groupes minoritaires peuvent devoir être pris en considération si l'on veut que nos assemblées législatives représentent effectivement la diversité de notre mosaïque sociale. Ce ne sont là que des exemples de considérations qui peuvent justifier une dérogation à l'égalité absolue des votes dans la poursuite d'une représentation plus effective; la liste n'est pas exhaustive.

Il se fait donc que des dérogations à la parité électorale absolue peuvent se justifier en présence d'une impossibilité matérielle ou pour assurer une représentation plus effective. À part cela, l'affaiblissement du vote d'un citoyen comparativement à celui d'un autre ne devrait pas être toléré. Je souscris à l'extrait suivant de l'arrêt *Dixon* [. . .] «ne

those deviations should be admitted which can be justified on the ground that they contribute to better government of the populace as a whole, giving due weight to regional issues within the populace and geographic factors within the territory governed.”¹³

[30] Accordingly, relative parity of voting power is the first condition of effective representation; but other factors, for example geographic features, history, the interests of the community and representation of minority groups, had to be considered, and could justify deviations from absolute voter parity.

[31] In *Carter*, the Supreme Court of Canada also held that in determining whether the legislature has complied with section 3 of the Charter in creating electoral districts, the courts ought not to find that there has been a violation unless “reasonable persons applying the appropriate principles . . . could not have set the electoral boundaries as they exist.”¹⁴

[32] The Court held that the reason for this caution is the complexity of the electoral boundary readjustment process. The commissions are required to balance conflicting policies: on the one hand, the policy of voting power parity, which stresses the importance of the individual; and on the other, the principle of community of interest, which stresses the group. Finding a balance between the two is not an exact science, and the courts will therefore respect the choices made by the commissions if their decisions are defensible.

[33] In this case, the applicants introduced evidence to show that there is a community of interest in Acadie-Bathurst. They filed seven affidavits by residents of the former electoral district of Acadie-Bathurst. All seven attested to the strong linguistic, historic, social and administrative ties that exist in Acadie-Bathurst, and the relative absence of ties between the communities in the former electoral district of Acadie-Bathurst and those in Miramichi. For example, Carmel Raïche, a resident of Allardville, and Ian Oliver, a resident of South Tetagouche, stated in their affidavits that they themselves, like the populations of Allardville and South Tetagouche, go to school, do their shopping, use the

devraient être permis que des écarts qui se justifient parce qu'ils permettent de mieux gouverner l'ensemble de la population, en donnant aux questions régionales et aux facteurs géographiques le poids qu'ils méritent¹³».

[30] Donc, la parité relative du pouvoir électoral est la condition première pour assurer une représentation effective, mais, d'autres facteurs, par exemple les caractéristiques géographiques, l'histoire, les intérêts de la collectivité et la représentation des groupes minoritaires, devaient être considérés et ils pourraient justifier une dérogation à l'égalité absolue des votes.

[31] Dans l'arrêt *Carter*, la Cour suprême du Canada a aussi établi que pour déterminer si les législateurs ont respecté l'article 3 de la Charte en créant les circonscriptions électorales, les tribunaux ne devraient conclure à une violation que dans les cas où: «des personnes raisonnables, appliquant les principes appropriés, n'auraient pas pu tracer les limites existantes des circonscriptions¹⁴».

[32] La Cour estime que la raison de cette réticence tient à la nature délicate du découpage des circonscriptions électorales. On demande aux commissions de concilier deux principes opposés: d'un côté, le principe de la parité du pouvoir électoral, qui donne une importance particulière à l'individu; de l'autre, le principe de la communauté d'intérêts, qui donne une importance au groupe. Trouver un équilibre entre les deux n'est pas une science exacte, et les tribunaux respectent donc les choix des commissions si leurs décisions sont défendables.

[33] En l'espèce, les demandeurs ont déposé de la preuve pour montrer qu'il existe une communauté d'intérêts en Acadie-Bathurst. Ils ont déposé sept affidavits des résidents de l'ancienne circonscription d'Acadie-Bathurst. Tous les sept attestent qu'il y a de forts liens linguistiques, historiques, sociaux et administratifs en Acadie-Bathurst, et très peu de liens entre les collectivités de l'ancienne circonscription Acadie-Bathurst et celles de Miramichi. Ainsi, à titre d'exemple, Carmel Raïche, une résidente d'Allardville et Ian Oliver, un résident de South Tetagouche, notent dans leurs affidavits qu'eux-mêmes, comme la population d'Allardville et South Tetagouche, étudient, font des

hospital and go to recreational centres in the Bathurst region, and not in Miramichi.¹⁵

[34] The applicants also filed an affidavit by an expert witness, Denis Duval. Professor Duval is a professor of political science. He prepared a study entitled "*Rapport d'étude des limites des circonscriptions proposées par la Commission de délimitation des circonscriptions électorales fédérales pour le Nouveau-Brunswick*" Report concerning the Electoral Boundaries proposed by the Federal Electoral Boundaries Commission for New Brunswick) which he presented to the Commission. Professor Duval concluded in his report that the parishes of Allardville and Bathurst are part of a single community of interest with the other parishes of the former electoral district of Acadie-Bathurst.

[35] The respondent also filed evidence, to show that there is no community of interest in Acadie-Bathurst. The respondent filed two affidavits by expert witnesses, David Johnson and Pierre-Marcel Desjardins.

[36] David Johnson, a professor of political science, criticized Professor Duval's report; he said: "The inherent weakness with Professor Duval's assessment of community interest, however, is that it is static, essentially an assessment of what has been in the past rather than what might become in the future."¹⁶

[37] Professor Johnson stated that the readjustment of the electoral boundaries is fair. He explained that even if there is a community of interest in Acadie-Bathurst, with the change to the electoral boundaries new communities of interest may develop within the community in the electoral district of Miramichi.¹⁷ He also explained that the fears of the residents in Acadie-Bathurst are groundless. He said that the residents who become members of the electoral district of Miramichi will be able to receive services in French because Canada and New Brunswick are both bilingual, and he added that it is of little consequence whether their member of Parliament is able to speak French because, in his words, "[a]ll elected representatives are called upon to represent the interests of all of their constituents regardless of race,

achats, utilisent l'hôpital et fréquentent les centres de récréation dans la région de Bathurst et non pas à Miramichi¹⁵.

[34] Les demandeurs ont aussi déposé un affidavit d'un témoin expert, Denis Duval. Professeur Duval est professeur en sciences politiques. Il a réalisé une étude intitulée «Rapport d'étude des limites des circonscriptions proposées par la Commission de délimitation des circonscriptions électorales fédérales pour le Nouveau-Brunswick» et l'a présenté à la Commission. Professeur Duval a conclu dans son rapport que les paroisses d'Allardville et de Bathurst font partie d'une même communauté d'intérêts avec d'autres paroisses de l'ancienne circonscription d'Acadie-Bathurst.

[35] Le défendeur a aussi déposé de la preuve, pour montrer qu'il n'y a pas de communauté d'intérêts en Acadie-Bathurst. Elle a déposé deux affidavits de témoins experts, David Johnson et Pierre-Marcel Desjardins.

[36] David Johnson, professeur en sciences politiques, critique le rapport du professeur Duval, disant: Toutefois la faiblesse inhérente de l'évaluation faite par M. Duval de la communauté d'intérêts est qu'il s'agit d'une évaluation statique, qui est essentiellement tournée vers le passé et qui ne tient pas compte de ce qui pourrait se produire dans le futur¹⁶.»

[37] M. Johnson atteste que la façon de redécouper les circonscriptions électorales est juste. Il explique que, même s'il y a une communauté d'intérêts en Acadie-Bathurst, avec le changement aux circonscriptions électorales, de nouvelles communautés d'intérêts peuvent se développer au sein de la collectivité dans la circonscription électorale de Miramichi¹⁷. Il explique aussi que les craintes des résidents en Acadie-Bathurst sont sans fondement. Il affirme que les résidents qui deviennent des membres de la circonscription de Miramichi pourront recevoir des services en français parce que le Canada et le Nouveau-Brunswick sont tous deux bilingues, et il ajoute qu'il importe peu que leur député sache parler français car, selon lui, [TRADUCTION] «[l]es représentants élus doivent représenter les intérêts

national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability, and many other social characteristics inclusive of language”.¹⁸

[38] Professor Desjardins also criticized Professor Duval’s report, but for other reasons. Primarily, he noted that Professor Duval analyzed the entirety of the electoral districts in New Brunswick whose electoral boundaries were readjusted, while Professor Desjardins analyzed the communities affected by the electoral boundaries readjustment.¹⁹

[39] After analyzing various criteria, Professor Desjardins concluded:

[TRANSLATION] . . . in terms of various socioeconomic characteristics, there is little difference between the situation in the electoral districts of Acadie-Bathurst and Miramichi because those communities share multiple characteristics;

As well, I can conclude that, for the subregions, there are no conclusive trends;²⁰

[40] The Court prefers the applicants’ evidence to the respondent’s. First, Professor Johnson, who testified for the respondent, supported Professor Duval’s results. In his affidavit, he said: “This is not in any way to be read as a critique of Professor Duval’s empirical findings regarding the existence of a francophone community of interest in Acadie-Bathurst.”²¹

[41] Second, Professor Johnson’s report is problematic. He did not take into consideration the legal principles set out in section 3 of the Charter. He criticized the applicants’ argument in which they contend that the readjustment of electoral boundaries would dilute the voice of francophones in the electoral districts and create a strong possibility that the member of Parliament would be unable to represent the interests of francophones; he said: “The core proposition here . . . is that any individual is capable of sympathetic reasoning in relation to other individuals. Any person can be sensitive to, concerned about, and capable of responding to the needs of other persons within this society.”²² Professor Johnson regarded the applicants’ fears as

de tous leur électeurs, indépendamment de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge, de leurs déficiences mentales ou physiques ou de toute autre caractéristique sociale, y compris la langue»¹⁸.

[38] M. Desjardins critique également le rapport du professeur Duval, mais pour d’autres raisons. Principalement, il note que M. Duval a analysé l’ensemble du découpage des circonscriptions électorales de la province du Nouveau-Brunswick, tandis que M. Desjardins a analysé les collectivités touchées par le redécoupage des circonscriptions électorales¹⁹.

[39] Après avoir analysé différents critères, le professeur Desjardins a conclu:

[. . .] en regard de plusieurs caractéristiques socio-économiques, il existe peu de différence entre la situation prévalant dans les circonscriptions d’Acadie-Bathurst et de Miramichi car ces communautés partagent de multiples caractéristiques;

Également, je peux conclure qu’il n’existe pas, pour les sous-régions, de tendances concluantes²⁰;

[40] La Cour préfère la preuve des demandeurs à celle du défendeur. Premièrement, M. Johnson, témoin pour le défendeur, appuie les résultats du professeur Duval. Dans son affidavit il dit: [TRADUCTION] «Cela ne doit d’aucune façon être interprété comme un critique des conclusions empiriques de M. Duval relativement à l’existence d’une communauté d’intérêts francophone en Acadie-Bathurst»²¹.

[41] Deuxièmement, le rapport de M. Johnson est problématique. Il ne tient pas compte des principes juridiques de l’article 3 de la Charte. Il critique l’argument des demandeurs dans lequel ils prétendent que la redivision des circonscriptions diluerait la voix des francophones dans les circonscriptions et créerait la forte possibilité que le député pourrait ne pas représenter les intérêts des francophones, en disant: [TRADUCTION] «L’idée maîtresse ici [. . .] c’est que toute personne est capable de faire preuve de compréhension envers d’autres personnes. Toute personne est capable d’être attentive et de répondre aux besoins d’autres personnes dans cette société»²². Le professeur Johnson considère que les craintes des demandeurs sont «illogiques.» (À

“illogical”. (At the hearing, the respondent apologized to the Court and the applicants for the use of the expression “illogical” by Professor Johnson instead of some other word, but nonetheless, those fears were disregarded by Professor Johnson.)²³

[42] The Supreme Court of Canada has in fact rejected that way of looking at things. In *Carter*, the Court said: “to insist on voter parity might deprive citizens with distinct interests of an effective voice in the legislative process as well as of effective assistance from their representatives in their ‘ombudsman’ role.”²⁴ The Court acknowledged that a minority group’s fear that it will not be adequately represented by its member of Parliament was not without basis; the opposite is in fact true, because the reality in a democracy is that an elected representative who is faced with the conflicting interests of the majority and a minority will often have to choose to represent the interests of the majority.

[43] Another problem is that Professor Johnson’s report contains a lot of hypotheticals. For example, he wrote that even if there is a community of interest in the former electoral district of Acadie-Bathurst, a community of interest will develop in the new electoral district of Miramichi, without explaining either when or how that will happen.²⁵ His conclusion is simply speculation.

[44] The last problem that the Court sees in Professor Johnson’s report is his tendency to exaggerate some points while disregarding the facts that refute his hypothesis. This was particularly evident when he talked about economic community of interest. He concluded that there is a community of interest between the regions of Acadie-Bathurst and Miramichi. He reached that conclusion from testimony given at one of the Commission’s hearings.²⁶ On the other hand, he failed to consider the fact that all the other presenters, both individuals and mayors or representatives of organizations, testified that there is a community of interest in the former electoral district of Acadie-Bathurst, but not between Acadie-Bathurst and Miramichi. This bias makes his report less persuasive.

[45] Professor Desjardins’ report does not suffer from those flaws. Nonetheless, the Court prefers Professor

l’audience, le défendeur s’excusait devant la Cour et face aux demandeurs concernant le terme «illogiques» utilisé par M. Johnson plutôt qu’un autre mot, mais néanmoins, ces craintes sont mises de côté par M. Johnson.)²³

[42] Pourtant, la Cour suprême de Canada a rejeté cette façon d’envisager les choses. Dans *Carter*, la Cour a dit: «en insistant sur la parité des nombres, on pourrait priver des citoyens, ayant des intérêts distincts, d’une voix effective au sein du processus législatif aussi bien que d’une aide réelle de la part de leurs représentants dans leur rôle d’“ombudsman”»²⁴. La Cour a reconnu que les craintes d’une minorité de ne pas être adéquatement représentée par son député n’étaient pas sans fondement, bien au contraire, puisque la réalité d’une démocratie est qu’un député, partagé entre les besoins de la majorité et ceux d’une minorité, choisira souvent de défendre les intérêts de la majorité.

[43] Un autre problème c’est que le rapport de M. Johnson contient beaucoup d’hypothèses. Par exemple, il écrit que même s’il y a une communauté d’intérêts dans l’ancienne circonscription électorale d’Acadie-Bathurst, une communauté d’intérêts se développera dans la nouvelle circonscription de Miramichi, sans expliquer ni quand ni comment cela se fera²⁵. Sa conclusion relève de la spéculation.

[44] Le problème final que la Cour voit dans le rapport du professeur Johnson est sa tendance à exagérer certains points tout en négligeant les faits qui vont à l’encontre de son hypothèse. Cela est particulièrement évident lorsqu’il parle de la communauté d’intérêts économiques. Il conclut qu’il existe une communauté d’intérêts entre les régions d’Acadie-Bathurst et de Miramichi. Il tire cette conclusion d’un témoignage donné qu’à une des audiences de la Commission²⁶. Par contre, il ne considère pas que tous les autres intervenants, tant des particuliers que des maires ou des représentants d’organismes, ont témoigné qu’il existe une communauté d’intérêts dans l’ancienne circonscription Acadie-Bathurst, mais non entre Acadie-Bathurst et Miramichi. Ce parti pris rend son rapport moins convaincant.

[45] Le rapport du professeur Desjardins ne comporte pas ces défauts. Néanmoins, la Cour préfère le rapport

Duval's report to Professor Desjardins'. The indicators that Professor Duval used for determining the communities of interest are very detailed.²⁷ Professor Desjardins, on the other hand, used fewer and less varied indicators.²⁸ The Court finds that Professor Duval's report is more thorough than Professor Desjardins', and the Court therefore accepts Professor Duval's results.

[46] The Court also believes that the testimony given by the applicants' witnesses is very important. The region spoke with a united voice. Representatives of associations, mayors from the different towns and the member of Parliament for Acadie-Bathurst filed affidavits and made submissions to the Commission. A petition signed by over 2,000 people was presented to the Commission.

[47] The people explained that the region is unique. According to one presenter, it has the highest concentration of Acadians in Canada.²⁹ In the course of the hearings, a number of presenters talked about the importance of having a strong Acadian voice, and reminded the members of the Commission of the historical wrongs done to the Acadians.³⁰ Having regard to the evidence as a whole, the Court finds that there is a community of interest in Acadie-Bathurst.

[48] The Commission in fact reached the same conclusion. It agreed that there was a community of interest in Acadie-Bathurst, and it was even aware that parity of voting power is not the only consideration in readjusting electoral boundaries. However, it decided that a variance of -21 percent was simply too large, and that despite the existence of a community of interest in Acadie-Bathurst it was necessary to reduce Miramichi's variance from the electoral quota. It therefore transferred the parish of Allardville and part of the parishes of Saumarez and Bathurst to the electoral district of Miramichi.³¹

[49] Because the primary consideration in determining whether a population has effective representation is voter parity, and that a commission does not contravene section 3 of the Charter unless "reasonable persons applying the appropriate principles . . . could not have

du professeur Duval à celui du professeur Desjardins. Les indicateurs de M. Duval pour déterminer les communautés d'intérêts sont très détaillés²⁷. M. Desjardins, quant à lui, utilise moins d'indicateurs et ils sont moins variés²⁸. La Cour estime que le rapport du professeur Duval est plus approfondi que celui du professeur Desjardins, et la Cour accepte donc les résultats du professeur Duval.

[46] Finalement, la Cour estime que le témoignage des témoins des demandeurs est très important. La région a parlé d'une voix unie. Des représentants des associations, des maires des différentes villes, et le député d'Acadie-Bathurst ont déposé des affidavits et ont fait des représentations devant la Commission. Une pétition, signée par plus de 2 000 personnes a été présentée à la Commission.

[47] Les gens expliquent que la région est unique. Elle a, d'après un intervenant, la plus grande concentration d'Acadiens au Canada²⁹. Pendant les audiences, plusieurs intervenants ont parlé de l'importance d'avoir une voix acadienne forte, et ont rappelé aux membres de la Commission les torts historiques causés aux Acadiens³⁰. La Cour estime, tenant compte de la preuve dans son ensemble, qu'il y a une communauté d'intérêts en Acadie-Bathurst.

[48] La Commission en est d'ailleurs arrivée à la même conclusion. Elle a accepté qu'il y avait une communauté d'intérêts en Acadie-Bathurst, et elle était aussi consciente que la parité du pouvoir électoral n'est pas le seul critère à évaluer en redécoupant des circonscriptions électorales. Toutefois, et elle a décidé qu'un écart de -21 % était tout simplement trop grand, et malgré l'existence d'une communauté d'intérêts en Acadie-Bathurst, il était nécessaire de réduire l'écart de Miramichi par rapport au quotient électoral. Par conséquent, elle a transféré la paroisse d'Allardville et une partie des paroisses de Saumarez et de Bathurst à la circonscription de Miramichi³¹.

[49] Vu que le critère primordial pour déterminer si une population jouit d'une représentation effective est l'égalité des suffrages, et vu qu'une commission n'enfreint l'article 3 de la Charte que si «des personnes raisonnables, appliquant les principes appropriés,

set the electoral boundaries as they exist”, the Court finds that the Commission did not contravene section 3 of the Charter when it decided to transfer the parishes from Acadie-Bathurst to Miramichi.

[50] That decision is reasonable, and accordingly the Commission did not contravene section 3 of the Charter.

Section 1 of the Charter

[51] However, if the Court is in error and the Commission did contravene section 3 of the Charter, the Court does not believe that the decision can be safeguarded by section 1 of the Charter.

[52] The Supreme Court of Canada stated the test for determining whether a Charter violation is safeguarded by section 1 as follows:

The government first must demonstrate that the objective of the legislation is sufficiently pressing and substantial to warrant violating a *Charter* right. The objectives must be neither “trivial” nor “discordant with the principles integral to a free and democratic society”: *Oakes, supra*, at p. 138. Once this has been established, the government must then demonstrate that the infringement is proportionate, namely, that the legislation is rationally connected to the objective, that it minimally impairs the *Charter* right in question, and that the salutary benefits of the legislation outweigh the deleterious effects.³²

[53] Under the test in *Oakes*,³³ the Court must weigh the rights of the individual and the needs of society. Evidence regarding the needs of society is therefore needed. The respondent, who has the burden of proof,³⁴ offered nothing on this point. Accordingly, it is impossible to do a proper section 1 analysis, and the respondent has failed to show that the violation was justified.

Does the Proclamation contravene section 15 of the Readjustment Act?

Standard of Review

[54] The respondent contends that the standard of review is the standard of the patently unreasonable decision.

n’auraient pas pu tracer les limites existantes des circonscriptions» la Cour conclut que la Commission n’a pas enfreint l’article 3 de la Charte quand elle a décidé de transférer des paroisses d’Acadie-Bathurst à Miramichi.

[50] Cette décision est raisonnable, et par conséquent, la Commission n’a pas enfreint l’article 3 de la Charte.

L’article 1 de la Charte

[51] Pourtant, si la Cour n’a pas raison, et que la Commission a violé l’article 3 de la Charte, la Cour n’estime pas que la violation puisse être sauvegardée par l’article 1 de la Charte.

[52] La Cour suprême du Canada a énoncé le critère pour déterminer si une violation de la Charte est sauvée par l’article 1 dans les termes suivants:

Tout d’abord, ce dernier doit prouver que la disposition contestée vise un objectif suffisamment urgent et réel pour justifier la violation d’un droit constitutionnel. Il ne doit pas s’agir d’un objectif «peu importan[t]» ni «contrair[e] aux principes qui constituent l’essence même d’une société libre et démocratique»: *Oakes, précité*, p. 138. Une fois cette preuve faite, le gouvernement doit établir que l’atteinte est proportionnée, savoir qu’il existe un lien rationnel entre la disposition législative et l’objectif visé, que la disposition porte le moins possible atteinte au droit constitutionnel en cause et que ses effets bénéfiques l’emportent sur ses effets préjudiciables³².

[53] En vertu du critère de l’arrêt *Oakes*³³, la Cour doit pondérer les droits de l’individu et les besoins de la société. Il est donc nécessaire d’avoir des éléments de preuve quant aux besoins de la société. Le défendeur, qui a le fardeau de la preuve³⁴, n’a rien avancé à ce sujet. Par conséquent, il s’avère impossible de faire une analyse solide de l’article 1, et le défendeur n’a pas démontré que la violation était justifiée.

La Proclamation contrevient-elle à l’article 15 de la Loi sur la révision?

Norme de contrôle

[54] Le défendeur prétend que la norme de contrôle est celle de la décision manifestement déraisonnable.

Review Mechanism

[55] The respondent contends that there is no review mechanism provided in the Readjustment Act. (*Représentations supplémentaires au sujet des réparations demandées* (Supplementary Submissions Regarding the Relief Sought), document filed by the Attorney General of Canada on May 3, 2004, pages 1 to 16; in that document, the respondent examined several scenarios, should the Court decide otherwise, in order to mitigate the effects of a decision that rejects its argument.)

Relative Expertise of the Decision-Makers

[56] In addition, the respondent observed that the members of the Commission included a judge and a lawyer, and that all members of the Commission live in New Brunswick. Accordingly, the Commission had a certain degree of expertise, by virtue of its knowledge of the communities of identity and interest in its province, and it had the ability to dispose of issues that fell within the fields of its members' interests and occupations. The relative expertise of the decision-makers could be a factor in favour of this Court showing greater deference.

Purpose of the Readjustment Act

[57] The respondent submits that one purpose of the Readjustment Act is to give the commissions, and only the commissions, the power to readjust electoral boundaries. To determine how to readjust electoral boundaries, the Commission must consider the various factors set out, to ensure that the purposes of the Readjustment Act are fulfilled. Accordingly, under the Readjustment Act, the Commission must also weigh the interests of different groups. Parliament has also given the Commission very broad discretion, which would seem to indicate that this Court should show considerable deference.

Nature of the Problem

[58] The respondent also submits that the issue that was to be disposed of by the Commission was essentially a factual one, another reason why the Court should show deference.

Mécanisme de contrôle

[55] Le défendeur prétend qu'aucun mécanisme de contrôle n'est prévu dans la Loi sur la révision. (*Représentations supplémentaires au sujet des réparations demandées*, document du Procureur général du Canada déposé le 3 mai 2004, pages 1 à 16. Dans ce document, le défendeur tient compte de plus qu'un scénario si la Cour décide autrement pour atténuer les effets d'une décision à l'encontre de ses propos.)

Expertise relative des décideurs

[56] Par ailleurs, le défendeur note qu'un juge et un avocat étaient membres de la Commission, et que tous les membres de la Commission habitent au Nouveau-Brunswick. Par conséquent, la Commission avait une certaine expertise en raison de sa connaissance des spécificités et des communautés d'intérêts de sa province, et elle avait la capacité de trancher des questions relevant des intérêts et de la profession de ses membres. L'expertise relative des décideurs pourrait inciter notre Cour à faire montre de plus de déférence.

Objet de la Loi sur la révision

[57] Le défendeur soutient qu'un objet de la Loi sur la révision est de donner aux commissions, et à eux seules, le pouvoir de réviser la délimitation des circonscriptions électorales. Pour déterminer la délimitation des circonscriptions électorales, la Commission doit considérer parmi les plusieurs éléments cités pour s'assurer que les objets de la Loi sur la révision sont remplis. Donc, en vertu de la Loi sur la révision, la Commission doit également pondérer les intérêts de groupes différents. Finalement, le législateur a accordé à la Commission un très large pouvoir discrétionnaire, ce qui semblerait indiquer que notre Cour doit faire montre de beaucoup de déférence.

Nature du problème

[58] Le défendeur soutient également que la question que la Commission était appelée à résoudre était essentiellement factuelle, une autre raison pour laquelle la Cour devrait faire preuve de retenue.

[59] Based on this analysis, the respondent submits that the standard of review that applies to the Commission's final report is the standard of the patently unreasonable decision.

[60] The specialization of the members of the commissions is not, in itself, in dispute. Rather, it is their interpretation of the situation which is at issue in applying the Readjustment Act.

The Anatomy of the Readjustment Act

[61] The Readjustment Act gave the Commission broad discretion. Section 15 indicates the importance of voter parity, but it also directs the commissions to consider the other factors without diminishing them, and provides the commissions with guidelines for determining what constitutes a reasonable variance.

[62] The Commission does have discretion. The Readjustment Act does not define "community of interest", and uses relatively broad wording. The Commission may therefore depart from the principle of voter parity if certain factors are present. The Court believes that the respondent is not wrong to say that the Commission is given a certain degree of discretion, but it exaggerates the degree of discretion it is given. This also lessens the degree of deference that the Court must show.

The Nature of the Issue

[63] The issue is a question of mixed fact and law, in that it involves the application of section 15 of the Readjustment Act to a fact situation. In order to determine what degree of deference is owed to the decision-maker, the Supreme Court of Canada said: "with respect to questions of mixed fact and law, this factor will call for more deference if the question is fact-intensive, and less deference if it is law-intensive."³⁵

[64] In this case, the question is more a legal one, because it involves the interpretation of section 15 of the Readjustment Act, and this lessens the deference that must be shown by the Court.

[59] En raison de cette analyse, le défendeur soutient que la norme de contrôle applicable au rapport final de la Commission est celle de la décision manifestement déraisonnable.

[60] La spécialisation des membre des commissions comme-telle n'est pas mise en doute. Plutôt c'est leur interprétation de la situation envisagée en appliquant la Loi sur la révision.

L'anatomie de la Loi sur la révision

[61] La Loi sur la révision a accordé à la Commission un large pouvoir discrétionnaire. L'article 15 indique l'importance de la parité du vote mais il enjoint les commissions à prendre en considération les autres facteurs sans les diminuer et donne aux commissions des principes directeurs servant à déterminer en quoi consiste un écart raisonnable.

[62] La Commission a un pouvoir discrétionnaire. La Loi sur la révision ne définit pas «communauté d'intérêts» et utilise un libellé assez large. La Commission peut donc déroger au principe de la parité électorale si certains facteurs sont en jeu. La Cour estime que le défendeur n'a pas tort de prétendre qu'un certain pouvoir discrétionnaire a été accordé à la Commission, mais elle exagère le degré de discrétion accordé à la Commission. Cela diminue également le degré de retenue dont la Cour doit faire montre.

La nature de la question en litige

[63] La question en litige est une question mixte de fait et de droit puisqu'il s'agit de l'application de l'article 15 de la Loi sur la révision à une situation factuelle. Pour déterminer le degré de déférence dû au décideur, la Cour suprême du Canada a énoncé ce qui suit: «sur les questions mixtes de fait et de droit, ce facteur appelle une déférence plus grande si la question est principalement factuelle, et moins grande si elle est principalement de droit»³⁵.

[64] En l'espèce, la question est plutôt de nature juridique, parce qu'elle implique l'interprétation de l'article 15 de la Loi sur la révision, ce qui réduit la déférence que doit manifester la Cour.

[65] The Court believes that the standard of review is the standard of the reasonable decision.

Does the Proclamation Contravene Section 15 of the Readjustment Act?

[66] In its report, the Commission demonstrated that it was aware of the purpose of the Readjustment Act, but this does not prove that it applied the Act correctly when it readjusted the boundaries of the electoral districts of Acadie-Bathurst and Miramichi.

[67] The Commission explained, at a hearing, why it proposed to transfer the parishes from the electoral district of Acadie-Bathurst to the electoral district of Miramichi. It said:

[TRANSLATION] The first reason [for transferring the parishes to the electoral district of Miramichi] is that there is already a large variance. The variance from the provincial quota is already quite large here in Acadie-Bathurst. A member of Parliament in New Brunswick, each member of Parliament in New Brunswick should ideally represent 73,000 people, in round numbers, 72,950 but we will speak in round numbers, 73,000 people, while the member of Parliament here in Acadie-Bathurst represents 83,000. So there is a large variance here, a 14% variance, which is a large variance. We know that we can go as high as 25 [percent], we know this, but ideally, we should not go above 10, and even, we tried to redraw the map so as not to go above 5, because in Quebec, for example, the neighbouring province, they were able, there, to keep the variances to no more than 3%, so, to comply with the first and most important of the principles for redistributing the electoral map across Canada. So we were a little embarrassed to see two neighbouring electoral districts with a 35,000 difference, with one that has a 10,000 surplus that could really be easily transferred into the one that has only 57,000, while still maintaining the communities of interest in terms of language and in terms of occupation. Because Miramichi is a bilingual electoral district, as I just mentioned, it is about 30% francophone, about 70% anglophone. And I will tell you what we thought, I will tell you what we discussed, and what we thought, so that we can get your reaction, just that, but we said to ourselves when we have an electoral district that is bilingual, and we have three in New Brunswick, we have only three. We have five with an overwhelming English majority and two with an overwhelming francophone majority, and we have three that are truly bilingual. In a bilingual electoral district, do you not think that it is important for the minority to be as large as possible, to be as comfortable as possible? For example, if you have a minority that is two or three percent in an electoral district, it is a little hard on that minority, they do

[65] La Cour estime que la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable.

La Proclamation contrevient-elle à l'article 15 de la Loi sur la révision?

[66] Dans son rapport, la Commission a démontré qu'elle connaissait le but de la Loi sur la révision mais cela ne démontre pas qu'elle l'ait appliquée correctement en redécoupant les circonscriptions électorales d'Acadie-Bathurst et Miramichi.

[67] La Commission a expliqué au cours d'une audience pourquoi elle proposait de transférer des paroisses de la circonscription électorale d'Acadie-Bathurst à celle de Miramichi. Elle a dit:

La première raison [pour transférer les paroisses à la circonscription de Miramichi] c'est que l'écart est déjà grand. L'écart du quotient provincial est déjà assez important ici dans Acadie-Bathurst. Un membre du parlement au Nouveau-Brunswick, chaque membre du parlement au Nouveau-Brunswick idéalement devrait représenter 73,000 personnes en chiffres ronds, 72,950 mais on va parler en chiffres ronds, 73,000 personnes, alors que le membre de parlement ici dans Acadie-Bathurst en représente 83,000. Alors, il y a un écart important ici, un écart de 14%, qui est un écart important. On sait qu'on peut aller jusqu'à 25 [pour cent], on sait ça mais idéalement, on ne devrait pas passer 10 et même, on essayait de découper la carte pour ne pas dépasser 5 parce que dans la province de Québec, par exemple, la province avoisinante, ils ont réussi eux autres à maintenir des écarts à 3% et moins, alors, pour respecter, le premier et le plus grand des principes de redistribution de carte électorale à travers le Canada. Alors, on se sentait un petit peu gêné de voir deux circonscriptions avoisinantes avec une différence de 35, 000, avec une qui a un excédent de 10, 000 qui vraiment pourrait facilement être transféré dans celle qui en a seulement 57, 000, tout en respectant les communautés d'intérêts en ce qui concerne la langue et en ce qui concerne l'occupation. Parce que Miramichi est une circonscription bilingue, je viens de vous le dire, elle est d'environ 30% francophone, environ 70% anglophone. Et là, je vous transmets notre pensée, je vous transmets notre discussion et notre pensée pour essayer d'avoir votre réaction ni plus ni moins mais, on se disait lorsqu'on a une circonscription bilingue et on en a trois au Nouveau-Brunswick, on a juste trois. On a cinq à majorité écrasante anglaise et on a deux à majorité écrasante francophone et on a trois qui sont vraiment bilingues. Dans une circonscription bilingue, pensez-vous pas qu'il est important que la minorité soit la plus nombreuse possible pour être le plus confortable possible? Par exemple, si vous avez une

not have a lot of power. But if you have a minority of 30% or 35% in a bilingual electoral district, and that can be increased by another two or three percent, that minority is going to feel more and more comfortable, it will feel better and better, and it will acquire more and more power, and eventually, if Miramichi continues to be more and more bilingual, then the population will necessarily want to elect a bilingual representative. . . .³⁶

[68] There are two points of note to be taken from this passage. We see that the Commission undertook to keep the variance between electoral districts under ten percent. As well, the Commission thought either that there is already a strong enough Acadian minority in Miramichi to be able to give the parishes to be transferred from Acadie-Bathurst to Miramichi a voice, or that by adding Acadian communities to Miramichi there will be a strong enough minority that it will be able to insist that a member of Parliament represent its interests.

[69] The Court finds that the Commission has not interpreted the Readjustment Act in the spirit of the Act. First, while the Commission was entitled to decide that, as a general principle, the variance between electoral districts should not be more than ten percent, it did not consider whether there were electoral districts where, having regard to the community of interest in the region or its geographic features, it would be desirable to depart from the general principle that the variance should not be more than ten percent.

[70] Section 15 of the Readjustment Act reads as follows:

15. (1) In preparing its report, each commission for a province shall, subject to subsection (2), be governed by the following rules:

(a) the division of the province into electoral districts and the description of the boundaries thereof shall proceed on the basis that the population of each electoral district in the province as a result thereof shall, as close as reasonably possible, correspond to the electoral quota for the province, that is to say, the quotient obtained by dividing the population of the province as ascertained by the census by the number of members of the House of Commons to be assigned to the province as calculated by the Chief Electoral Officer under subsection 14(1); and

minorité de deux ou trois pour cent à l'intérieur d'une circonscription électorale, c'est un petit peu gênant pour cette minorité-là, ils n'ont pas beaucoup de pouvoir. Mais si vous avez dans une circonscription bilingue une minorité de 30% ou de 35% et qu'on peut l'augmenter d'un autre deux ou trois pour cent, cette minorité-là se sent de plus en plus confortable, de mieux en mieux et acquiert de plus en plus de pouvoir et éventuellement, si Miramichi continue d'être de plus en plus bilingue, il s'ensuivra nécessairement que la population voudra élire un représentant bilingue³⁶ [. . .]

[68] Il y a deux points intéressants à faire ressortir de cet extrait. On voit que la Commission s'est engagée à maintenir un écart de moins de 10 % pour les circonscriptions. Aussi, la Commission pense soit qu'il y a déjà une minorité acadienne suffisamment forte à Miramichi pour pouvoir donner une voix aux paroisses qui seront transférés d'Acadie-Bathurst à Miramichi, soit qu'en ajoutant des communautés acadiennes à Miramichi, il y aura une minorité assez forte pour qu'elle puisse exiger du député qu'il représente ses intérêts.

[69] La Cour estime que la Commission n'interprète pas la Loi sur la révision selon l'esprit de la loi. Premièrement, si la Commission avait le droit de décider que, comme principe général, l'écart des circonscriptions ne devrait pas dépasser 10 %, elle n'a pas examiné s'il y avait des circonscriptions où, vu la communauté d'intérêts ou la géographie de la région, il serait souhaitable de déroger au principe général que l'écart ne devrait pas dépasser 10 %.

[70] L'article 15 de la Loi sur la révision se lit ainsi:

15. (1) Pour leur rapport, les commissions suivent les principes suivants:

a) le partage de la province en circonscriptions électorales se fait de telle manière que le chiffre de la population de chacune des circonscriptions corresponde dans la mesure du possible au quotient résultant de la division du chiffre de la population de la province que donne le recensement par le nombre de sièges de député à pourvoir pour cette dernière d'après le calcul visé au paragraphe 14(1);

(b) the commission shall consider the following in determining reasonable electoral district boundaries:

- (i) the community of interest or community of identity in or the historical pattern of an electoral district in the province, and
- (ii) a manageable geographic size for districts in sparsely populated, rural or northern regions of the province.

(2) The commission may depart from the application of the rule set out in paragraph (1)(a) in any case where the commission considers it necessary or desirable to depart therefrom

- (a) in order to respect the community of interest or community of identity in or the historical pattern of an electoral district in the province, or
- (b) in order to maintain a manageable geographic size for districts in sparsely populated, rural or northern regions of the province,

but, in departing from the application of the rule set out in paragraph (1)(a), the commission shall make every effort to ensure that, except in circumstances viewed by the commission as being extraordinary, the population of each electoral district in the province remains within twenty-five per cent more or twenty-five per cent less of the electoral quota for the province.

[71] As the Commission observed, the goal of the Readjustment Act is voter parity; however, it does not demand absolute voter parity. Under paragraphs 15(1)(a) and (b) of the Readjustment Act, the commissions are required to consider a reasonable departure from the electoral quota to recognize the community of interest and community of identity in or the historical pattern of an electoral district in a province, and to maintain a manageable geographic size for districts in sparsely populated, rural or northern regions of the province.

[72] On the other hand, subsection 15(2) of the Readjustment Act provides that a commission may consider a more significant departure if it is justified by a community of interest or geographic features. The Readjustment Act does not permit a variance of more than 25 percent, except in extraordinary circumstances, but it is clear that a variance of up to 25 percent is acceptable in individual cases.

b) sont à prendre en considération les éléments suivants dans la détermination de limites satisfaisantes pour les circonscriptions électorales:

- (i) la communauté d'intérêts ou la spécificité d'une circonscription électorale d'une province ou son évolution historique,
- (ii) le souci de faire en sorte que la superficie des circonscriptions dans les régions peu peuplées, rurales ou septentrionales de la province ne soit pas trop vaste.

(2) Les commissions peuvent déroger au principe énoncé par l'alinéa (1)a) chaque fois que cela leur paraît souhaitable pour l'application des sous-alinéas (1)b)(i) et (ii). Le cas échéant, elles doivent toutefois veiller à ce que, sauf dans les circonstances qu'elles considèrent comme extraordinaires, l'écart entre la population de la circonscription électorale et le quotient mentionné à l'alinéa (1)a) n'excède pas vingt-cinq pour cent.

[71] Comme la Commission l'a constaté, la Loi sur la révision vise la parité électorale, mais, elle n'oblige pas à la parité électorale absolue. En vertu des alinéas 15(1)a) et b) de la Loi sur la révision, les commissions sont obligées d'envisager une dérogation raisonnable du quotient électoral pour respecter une communauté d'intérêts, la spécificité d'une circonscription électorale d'une province, son évolution historique ou pour faire en sorte que la superficie des circonscriptions dans les régions peu peuplées, rurales ou septentrionales de la province ne soit pas trop vaste.

[72] Par ailleurs, le paragraphe 15(2) de la Loi sur la révision indique qu'une commission peut envisager une dérogation encore plus importante si une communauté d'intérêts ou des particularités géographiques le justifient. La Loi sur la révision ne permet pas d'écart de plus de 25 %, hormis des circonstances extraordinaires, mais elle est claire qu'un écart de jusqu'à 25 % est acceptable dans des cas individuels.

[73] In this case, the Commission applied subsection 15(1) when it recognized that there are many rural areas in New Brunswick, and that a variance of ten percent from the electoral quota was therefore reasonable.

[74] However, the evidence shows that it declined to consider whether subsection 15(2) applied in the electoral district of Acadie-Bathurst. In addition to the comments made at the hearings, the report submitted to the Standing Committee on Procedure and House Affairs suggested that the Commission would not in any event let an electoral district depart from the quota by more than 25 percent. The two reasons given for transferring the parishes of Saumarez, Allardville and Bathurst to the electoral district of Miramichi are, first, that the variance between Acadie-Bathurst and Miramichi was too large, and second, that the variance between Acadie-Bathurst and Miramichi and the electoral quota was too large. The numbers were the one and only reason for adding the parishes to Miramichi.

[75] The evidence is not irrefutable. The passage quoted earlier may be read as indicating that the Commission was prepared to go above a ten percent variance if it were necessary. Ultimately, six electoral districts out of ten have a variance of more than ten percent.

[76] A statement made by the Commission offers some clarification regarding its position. At a hearing, a member of the Commission said: "We're trying to stick to 10% on a margin to meet them. Nothing is written in stone but that's what we've adopted. Certainly 25% we don't feel is appropriate for the province of New Brunswick with our global population."³⁷ In extreme cases, the Commission was prepared to allow a variance of 14 percent, but it did not think that it would be reasonable to allow a variance of 25 percent, even where there were communities of interest.

[77] Second, the Commission did not have regard to the material before it when it decided that the parishes of Allardville, Saumarez and Bathurst would have effective representation when they were part of the electoral district of Miramichi.

[73] En l'espèce, la Commission a appliqué le paragraphe 15(1) quand elle a reconnu qu'au Nouveau-Brunswick, il y a beaucoup de zones rurales, et qu'un écart de 10 % par rapport au quotient électoral était donc raisonnable.

[74] Cependant, la preuve démontre qu'elle a refusé de considérer si le paragraphe 15(2) était applicable à la circonscription d'Acadie-Bathurst. Outre, les remarques faites lors des audiences, le rapport remis au comité permanent de la procédure et des affaires de la Chambre, laisse entendre que la Commission en aucun cas n'aurait laissé une circonscription avoir un écart de 25 %. Les deux raisons données pour transférer les paroisses de Saumarez, Allardville et Bathurst à la circonscription de Miramichi sont d'une part que l'écart entre Acadie-Bathurst et Miramichi était trop grand et d'autre part l'écart entre Acadie-Bathurst et Miramichi était trop grand par rapport au quotient électoral. Les chiffres étaient la seule et unique raison pour ajouter des paroisses à Miramichi.

[75] La preuve n'est pas irréfutable. La citation présentée plus haut peut être lue comme indiquant que la Commission était prête à dépasser un écart de 10 % si cela s'avérait nécessaire. Finalement, six circonscriptions sur dix ont un écart de plus de 10 %.

[76] Une affirmation faite par la Commission nous éclaire sur sa position. Lors d'une audience, un membre de la Commission a dit: [TRADUCTION] «Nous essayons de nous en tenir à une marge de 10 % pour répondre aux exigences. Rien n'est écrit dans la pierre, mais c'est le chiffre qu'on s'est donné. C'est sûr que nous ne croyons pas que 25 % est approprié pour le Nouveau-Brunswick compte tenu de la population totale»³⁷. Dans des cas extrêmes, la Commission était prête à permettre un écart de 14 %, mais elle ne pensait pas qu'il pourrait être raisonnable de permettre un écart de 25 %, même où il y avait des communautés d'intérêts.

[77] Deuxièmement, la Commission n'a pas tenu compte des éléments dont elle disposait quand elle a décidé que les paroisses d'Allardville, de Saumarez et de Bathurst auraient une représentation effective lorsqu'elles feraient partie de la circonscription de Miramichi.

[78] The Commission did not explain very clearly how it reached the conclusion that there was a community of interest between the parishes in Acadie-Bathurst and Miramichi. In the statement quoted above, the Commission said that either the Acadian minority in Miramichi already has effective representation or adding the Acadian communities to Miramichi will result in effective representation for the minority. Those assertions are both problematic.

[79] The evidence before the Commission showed that the Acadian minority in Miramichi did not have representation. The member of Parliament for Acadie-Bathurst testified that francophones in Miramichi went to see him to get help because they had trouble communicating with their member of Parliament, a unilingual anglophone.³⁸ Another presenter who lived in Acadie-Bathurst testified that very few services were offered in French in Miramichi.³⁹ And residents of Acadian villages that were transferred to Miramichi ten years ago from Beauséjour, a francophone electoral district, testified that they wanted to be transferred back to Beauséjour because they had nothing in common with the Miramichi community.⁴⁰ That evidence is an indication of what material was before the Commission in terms of the existence of services and representation in French in Miramichi. Having regard to that evidence, the Court cannot see how the Commission can have concluded that the Acadian community in Miramichi had effective representation.

[80] The conclusion that adding francophone communities to the Acadian community in Miramichi would give that community more weight is just as problematic. The problem is apparent when we compare the percentages of francophones and anglophones before and after the transfer of the parishes of Saumarez, Allardville and Bathurst. In 2001, before the parishes were transferred, anglophones made up 63 percent and francophones 34 percent.⁴¹ After the transfer, it was predicted, the anglophone proportion would rise to 64 percent while the francophone proportion would be about 33 percent.⁴² The Acadian percentage remained unchanged with the addition of the parishes, as did their power.

[78] La Commission n'explique pas très clairement comment elle en arrive à la conclusion qu'il y a communauté d'intérêts entre les paroisses d'Acadie-Bathurst et Miramichi. Dans la déclaration citée plus haut, la Commission indique que soit la minorité acadienne à Miramichi a déjà une représentation effective, soit l'ajout des collectivités acadiennes à Miramichi donnera lieu à une représentation effective de la minorité. Ces constatations sont toutes deux problématiques.

[79] La preuve devant la Commission démontrait que la minorité acadienne à Miramichi n'avait pas de représentation. Le député d'Acadie-Bathurst a témoigné que des francophones de Miramichi venaient le voir pour obtenir de l'aide parce qu'ils avaient de la difficulté à communiquer avec leur député, un unilingue anglophone³⁸. Une autre intervenante qui habitait en Acadie-Bathurst a témoigné qu'on offrait fort peu de services en français à Miramichi³⁹. Finalement, des résidents de villages acadiens transférés il y a dix ans de Beauséjour, une circonscription francophone, à Miramichi ont témoigné qu'ils souhaitaient être réintégrés à Beauséjour parce qu'ils n'avaient rien en commun avec la collectivité de Miramichi⁴⁰. Cette preuve est un indice de ce que la Commission disposait quant à l'existence des services et la représentation en français à Miramichi. Vu cette preuve, la Cour ne voit pas comment la Commission a pu conclure que la collectivité acadienne à Miramichi jouissait d'une représentation effective.

[80] La conclusion que l'ajout de collectivités francophones à la communauté acadienne de Miramichi donnerait plus de poids à celle-ci est tout aussi problématique. Le problème apparaît lorsqu'on compare les pourcentages des francophones et des anglophones avant et après le transfert des paroisses de Saumarez, Allardville et Bathurst. En 2001, avant que les paroisses soient transférées, le pourcentage des anglophones était de 63 % et le pourcentage des francophones de 34 %⁴¹. Après le transfert, il était prévu que le pourcentage des anglophones passerait à 64 % tandis que le pourcentage des francophones se situerait à 33 %⁴². Le pourcentage d'Acadiens n'a pas changé avec l'ajout des paroisses et leur pouvoir non plus.

[81] Last, and realizing just how difficult the Commission's task was, the Court believes that forming communities of interest and increasing a community's political power depend on a large number of factors, and they do not occur simply because a community achieves a critical mass. Adding other members of the community to the electoral district, in the hope that effective representation will follow, is something of a gamble. That position is not consistent with the spirit of the Readjustment Act.

[82] Accordingly, the Commission did not comply with section 15 of the Readjustment Act. It complied with paragraphs 15(1)(a) and (b) when it found that a variance of 10 percent from the electoral quota was reasonable in New Brunswick, but it did not proceed to the second step, that is, it did not consider whether it was desirable to allow a variance provided for in the Act in order to preserve a community of interest in an electoral district. The Commission's extrapolation is in error when it concludes that there was a community of interest or could be a community of interest in Miramichi. For those reasons, the decision is set aside.

Does the Proclamation Contravene Section 41 of the OLA?

[83] The respondent submits that section 41 does not apply to the final report of the Commission because the commitment set out in Part VII of the OLA relates solely to the "Government of Canada". Because the federal electoral boundaries commissions are not part of the Government of Canada, they cannot be bound by the government commitment set out in Part VII of the OLA.

[84] The Commissioner, however, submits that section 42 [as am. by S.C. 1995, c. 11, s. 27] of the OLA clearly and expressly commits federal institutions to implementing the commitment made by the federal government in section 41.

[85] The Court agrees with the Commissioner. As the Commissioner observed, the role of the Minister of

[81] Finalement, réalisant jusqu'à quel point la tâche de la Commission est difficile, la Cour estime que la formation des communautés d'intérêts et l'augmentation de pouvoir politique d'une collectivité dépendent d'un grand nombre de facteurs et ne se produisent pas simplement parce qu'une collectivité atteint une masse critique. Le fait d'ajouter d'autres membres de la collectivité à la circonscription en espérant qu'une représentation effective s'ensuivra tient du jeu de hasard. Cette position n'est pas en accord avec l'esprit de la Loi sur la révision.

[82] Par conséquent, la Commission n'a pas respecté l'article 15 de la Loi sur la révision. Elle a observé l'alinéa 15(1)a) et b) quand elle a trouvé qu'un écart de 10 % par rapport au quotient électoral était raisonnable au Nouveau-Brunswick, mais elle n'est pas passée à la deuxième étape, aussi significative, c'est-à-dire, qu'elle n'a pas examiné s'il était souhaitable de permettre un écart envisagé par la loi pour maintenir une communauté d'intérêts dans une circonscription. La Commission a commis une erreur d'extrapolation en concluant qu'il y avait une communauté d'intérêts ou qu'il pourrait y avoir une communauté d'intérêts à Miramichi. Pour ces raisons, la décision est mise de côté.

La Proclamation contrevient-elle à l'article 41 de la LLO?

[83] Le défendeur soutient que l'article 41 n'est pas applicable au rapport final de la Commission parce que l'engagement énoncé à la partie VII de la LLO vise uniquement le «gouvernement fédéral». Comme les commissions de délimitation des circonscriptions électorales ne font pas partie du gouvernement du Canada, elles ne peuvent pas être assujetties à l'engagement gouvernemental énoncé à la partie VII de la LLO.

[84] Par contre, la commissaire soumet que l'article 42 [mod. par L.C. 1995, ch. 11, art. 27] de la LLO engage clairement et expressément les institutions fédérales à la mise en œuvre de l'engagement du gouvernement fédéral énoncé à l'article 41.

[85] La Cour est d'accord avec la commissaire. Tel que la commissaire l'indique, le rôle du ministre du

Heritage is to “encourage” and “promote” coordination with other ministers and institutions to develop and promote the use of English and French. However, it is the federal institutions that must put the commitment into practice, because the OLA expressly applies to both government institutions and the Government of Canada.

[86] The respondent also argued that the Readjustment Act is the specific legislation that applies to the process of readjusting the boundaries of electoral districts, and not the OLA, which is a law of general application.

[87] The Commissioner contends that the issue is not which of two laws takes precedence, since there is no inconsistency between the obligations imposed by the Readjustment Act and the obligations imposed by the OLA. The Commissioner observed that the respondent made this point in his factum.

[88] The Court also agrees with that argument. The Readjustment Act imposes an obligation on the Commission to consider the community of interest, including a community of interest that is defined by the French language, and the OLA requires that government institutions enhance “the vitality of the . . . French linguistic minority communities in Canada”. In fact, the two Acts have similar goals.⁴³

[89] The respondent submits that Part VII of the OLA is declaratory rather than executory and that neither the Government of Canada nor federal institutions are obliged always to give effect to Part VII of the OLA.

[90] On this point, the Court agrees with the respondent. The Court does not believe that the terminology used in section 41 is ambiguous. It is clear, as the Commissioner submits, that the Minister of Canadian Heritage should encourage government institutions to support the development of francophone minority communities. However, in the opinion of the Court, the OLA is to be interpreted in such a way that the legislation does not oblige government institutions to do this. If we refer to the English version, section 42 uses

Patrimoine est de «susciter» et d’«encourager» une coordination avec les autres ministres et les institutions afin de développer et de promouvoir l’usage du français et de l’anglais. Cependant, ce sont les institutions fédérales qui doivent mettre en œuvre l’engagement puisque la LLO vise expressément les institutions gouvernementales ainsi que le gouvernement fédéral.

[86] Le défendeur prétend aussi que c’est la Loi sur la révision qui est d’application spécifique, qui s’applique au processus de la délimitation des circonscriptions électorales, et non pas la LLO, qui est une loi d’application générale.

[87] La commissaire prétend qu’il ne s’agit pas d’une question de préséance entre deux lois puisque il n’existe pas d’incompatibilité entre les obligations imposées par la Loi sur la révision et celles imposées par la LLO. La commissaire souligne que le défendeur lui-même soumet ce point dans son mémoire.

[88] La Cour est également d’accord avec cette prétention. La Loi sur la révision impose à la Commission l’obligation de tenir compte de la communauté d’intérêts, incluant une communauté d’intérêts définie par la langue française, et la LLO requiert que des institutions gouvernementales favorisent «l’épanouissement des minorités francophones [. . .] du Canada.» En effet, les deux lois ont des buts semblables⁴³.

[89] Le défendeur soutient que la partie VII de la LLO est déclaratoire plutôt qu’exécutoire et que ni le gouvernement fédéral ni les institutions fédérales sont obligés de toujours donner suite à la partie VII de la LLO.

[90] Sur ce point la Cour est d’accord avec le défendeur. La Cour ne croit pas que la terminologie employée à l’article 41 est ambiguë. Il est clair, tel que le soumet la Commissaire, que le ministre du Patrimoine canadien doit encourager les institutions gouvernementales à appuyer le développement des minorités francophones. Mais, selon la Cour, l’interprétation de la LLO est telle que la législation n’oblige pas les institutions gouvernementales à faire ceci. Faisant référence à la version anglaise, l’article 42

the word “shall” in reference to the Government’s obligations, but does not use that word to describe the role of government institutions.

[91] Some other parts of the OLA use imperative language to describe the role of government institutions. The difference between the terminology used in Part VII and the terminology found in the other parts suggests that section 42 is declaratory, and not enforceable.

[92] Last, the respondent contends that Part X of the OLA, which describes the court remedies available, does not provide for any remedy under Part VII because Part X does not entitle an applicant to seek judicial review of a decision made under Part VII.

[93] However, the Commissioner submits that the Court has jurisdiction to intervene in respect of decisions made under Part VII of the OLA.

[94] The two parties cited different case law in support of their arguments.⁴⁴ In fact, the Court of Appeal has made two conflicting rulings on this point. As the Commissioner contends, the Court concluded in *Devinat* that it has the authority to review a decision involving parts of the OLA that do not fall under Part X, pursuant to the general jurisdiction assigned to the Court to review decisions of courts and tribunals.⁴⁵

[95] On the other hand, the Court of Appeal has also concluded, in *Ayangma*, that Part X of the OLA denies the applicant judicial review in respect of matters involving the parts of the OLA that are not specified in Part X.⁴⁶

[96] The Court is of the opinion that the decision of the Court of Appeal in *Devinat* applies. In *Devinat*, the Court quoted the Judicial Committee of the Privy Council, as follows [*Board v. Board*, [1919] A.C. 956, at page 962]:

If the right exists, the presumption is that there is a Court which can enforce it, for if no other mode of enforcing is prescribed, that alone is sufficient to give jurisdiction to the King’s Courts of justice. In order to oust jurisdiction, it is

utilise le mot «*shall*» en parlant des obligations du gouvernement, mais n’utilise pas ce mot en décrivant le rôle des institutions gouvernementales.

[91] Quelques autres parties de la LLO utilisent des mots impératifs en décrivant le rôle des institutions gouvernementales. La différence entre la terminologie utilisée dans la partie VII et celle que l’on retrouve dans les autres parties suggère que l’article 42 est déclaratoire, et non pas exécutoire.

[92] Finalement, le défendeur prétend que la partie X de la LLO, qui décrit les recours judiciaires disponibles, ne donne pas droit à un recours sous le régime de la partie VII parce que la partie X ne donne pas le droit au requérant de demander le contrôle judiciaire d’une décision prise en vertu de la partie VII.

[93] Cependant, la commissaire soumet que la Cour a le pouvoir d’intervenir dans les décisions rendues sous la partie VII de la LLO.

[94] Les deux parties invoquent de la jurisprudence différente pour soutenir leurs arguments⁴⁴. En fait, la Cour d’appel a tiré deux constatations opposées à ce sujet. Comme la commissaire le prétend, dans la décision *Devinat*, la Cour a conclu qu’elle a le pouvoir de réviser une décision impliquant des parties de la LLO qui ne tombent pas sous la partie X, conformément à la juridiction générale accordée à la Cour de réviser des décisions des tribunaux⁴⁵.

[95] Par ailleurs, la Cour d’appel a aussi conclu dans la décision *Ayangma* que la partie X de la LLO interdit au requérant d’avoir un contrôle judiciaire en ce qui concerne les questions impliquant les parties de la LLO qui ne sont pas nommées sous la partie X⁴⁶.

[96] La Cour estime que la décision de la Cour d’appel dans *Devinat* s’applique. Dans *Devinat* la Cour a invoqué le Comité judiciaire du conseil privé quand il a dit [*Board v. Board*, [1919] A.C. 956, à la page 962]:

[TRADUCTION] Si le droit existe, il faut présumer qu’il existe un tribunal qui peut le faire respecter, car si aucun autre mode d’exercice n’est prescrit, ce fait à lui seul suffit pour conférer compétence aux cours de justice du Roi. Pour les priver de leur

necessary, in the absence of a special law excluding it altogether, to plead that jurisdiction exists in some other Court.⁴⁷

[97] Because that principle is so fundamental to the law, the Court will not interpret the law so as to grant a right but deny a remedy, unless the law expressly precludes that remedy.

[98] In the case of the OLA, the law does not expressly preclude a remedy. Accordingly, under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*,⁴⁸ the Court has jurisdiction to hear the application for judicial review.

Standard of Review

[99] The standard of review that applies to the decision of the Commission under Part VII of the OLA is similar to the standard of review that applies to decisions of the Commission under the Readjustment Act. Nonetheless, there are a few important differences.

[100] On the other hand, the Commission has discretion to decide whether it is appropriate to apply Part VII of the OLA.

[101] Given that Part VII is declaratory, the Court must show considerable deference to the Commission.

[102] The issue in this case is a question of fact. Having regard to the factors, the standard of review is the standard of the patently unreasonable decision.

[103] The finding made by the Court, that the Commission contravened the Readjustment Act, applies here as well. The Commission decided that, by transferring the parishes from the electoral district of Acadie-Bathurst to the electoral district of Miramichi, it was respecting the community of interest in the parishes. That decision was erroneous, however, because it was made without regard for the evidence before the Commission. As well, saying that the addition of Acadians to the electoral district of Miramichi was going to increase the percentage of Acadians, and would then increase the Acadian community's political power, was

compétence, il est nécessaire, en l'absence de loi spéciale excluant cette compétence, de plaider que celle-ci a été conférée à quelque autre tribunal⁴⁷.

[97] Puisque ce principe est si fondamental à la loi, la Cour n'interprétera pas la loi de manière à ce que la loi cède un droit mais exclut un recours, à moins que la loi exclu ce recours expressément.

[98] Dans le cas de la LLO, la loi n'a pas expressément exclu un recours. Ainsi, en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*⁴⁸, la Cour a la compétence d'entendre le contrôle judiciaire.

Norme de contrôle

[99] Le norme de contrôle de la décision de la Commission rendue en vertu de la partie VII de la LLO est semblable à la norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission rendues en vertu de la Loi sur la révision. Il y a, quand même, quelques différences importantes.

[100] Par contre, la Commission a la discrétion de décider s'il est approprié d'invoquer la partie VII de la LLO.

[101] Étant donné que la partie VII est déclaratoire, la Cour doit démontrer beaucoup de déférence à la Commission.

[102] La question en litige en l'espèce est une question de fait. Eu égard aux facteurs, la norme de contrôle est la norme manifestement déraisonnable.

[103] La constatation de la Cour que la Commission a enfreint la Loi sur la révision est aussi applicable ici. La Commission a décidé qu'en transférant des paroisses de la circonscription d'Acadie-Bathurst à celle de Miramichi, elle respectait la communauté d'intérêts des paroisses. Cette décision, pourtant, est erronée parce qu'elle n'a pas tenu compte de la preuve devant elle. De plus, en disant que l'ajout des acadiens à la circonscription de Miramichi allait augmenter le pourcentage des acadiens et ensuite allait augmenter le pouvoir politique de la collectivité acadienne est manifestement déraisonnable, car le pourcentage des

patently unreasonable, because the percentage of francophones was not going to rise by adding the parishes of Saumarez, Allardville and Bathurst to the electoral district of Miramichi.

[104] The Court is of the opinion that the Commission tried to apply Part VII of the OLA in a manner in keeping with the intention of Parliament, but that it failed to do so because its findings of fact were erroneous. Accordingly, the Court sets aside the decision of the Commission.

Remedies

What remedies are available, having regard to the jurisdiction of this Court?

[105] The applicants are asking the Court to order:

(a) That a writ of *certiorari* be issued setting aside and quashing the Proclamation as it relates to the transfer of the following areas of the federal electoral district of Acadie-Bathurst to the federal electoral district of Miramichi, in New Brunswick:

That part of the county of Gloucester comprised of:

(i) that part of the parish of Allardville lying westerly of a line described as follows: commencing at the most northwesterly corner of the parish of Saumarez; thence northwesterly in a straight line to the most southwesterly corner of the Parish of New Bandon;

(ii) that part of the parish of Bathurst lying westerly of a line described as follows: commencing at the intersection of the northerly limit of the parish of Allardville with highway No. 8; thence northerly along said highway to the southerly limit of the city of Bathurst.

[106] The Court accepts the respondent's argument that the Court does not have the necessary jurisdiction to restore the electoral district of Acadie-Bathurst to what it was before the Commission was established. The Court may, however, set aside the decision of the Commission; but it may not replace that decision with its own.

francophones n'augmentait pas avec l'addition des paroisses de Saumarez, Allardville et Bathurst à la circonscription de Miramichi.

[104] La Cour estime que la Commission a essayé d'appliquer la partie VII de la LLO, selon l'intention du législateur, mais elle n'a pas réussi à le faire parce que sa constatation des questions de fait était erronée. La Cour annule donc la décision de la Commission.

Recours

Quels sont les recours disponibles eux égard à la compétence de cette Cour?

[105] Les demandeurs demandent que la Cour ordonne:

a) Qu'un bref de *certiorari* soit décerné annulant et infirmant la Proclamation en ce qui concerne le transfert des régions suivantes de la circonscription électorale fédérale d'Acadie-Bathurst à celle de Miramichi, au Nouveau-Brunswick:

La partie du comté de Gloucester constituée:

i) de la partie de la paroisse d'Allardville situé à l'ouest d'une ligne décrite comme suit: commençant à l'angle le plus au nord-ouest de la paroisse de Saumarez; de là vers le nord-ouest en ligne droite jusqu'à l'angle le plus au sud-ouest de la paroisse de New Bandon;

ii) de la partie de la paroisse de Bathurst située à l'ouest d'une ligne décrite comme suit: commençant à l'intersection de la limite nord de la paroisse d'Allardville avec la route n° 8; de là vers le nord suivant ladite route jusqu'à la limite sud de la cité de Bathurst.

[106] La Cour accepte l'argument du défendeur à l'effet que la Cour n'a pas la compétence nécessaire afin de rétablir la circonscription d'Acadie-Bathurst telle qu'elle existait avant que la Commission ait été établie. La Cour peut cependant annuler la décision de la Commission, mais ne peut pas la remplacer par sa propre décision.

[107] The respondent also submits that the Court may not set aside only one part of the Proclamation, the part concerning the electoral district of Acadie-Bathurst. The Court agrees with that argument. The Court has jurisdiction to set aside only the parts that are invalidated, when it follows the legal principle requiring that “the valid portion that it seeks to uphold be completely severable from the invalid portion, and that its validity be undeniable”.

[108] The Court accepts the respondent’s argument that if the Proclamation were set aside the order that preceded it could not be put back into force. If it is not appropriate for the Court to restore an electoral district to what it was before the Commission was established, it would be even less appropriate for the Court to usurp the role of Parliament by dictating all of the electoral boundaries of a province.

[109] The last order sought by the applicants is that the Proclamation be set aside, but they do not challenge the decision of the Governor in Council to make the Proclamation; rather, they challenge the decision of the Commission, which affects them as parties. Consequently, the Court, based on all of the reasoning above, is setting aside the decision of the Commission.

CONCLUSION

[110] The Readjustment Act takes other factors into account, including the community of interests, the identity of the community, and the historical pattern of an electoral district in the province, as well as its geographic aspects. All of this is crucial to ensure that the essence of the legislation is reflected in its overall application, so that its very spirit is apparent and that its interpretation gives it concrete expression in a manner that takes into consideration more than numbers. All of this to ensure that the spirit of the composition of the population is understood in regard to its future which is based on its past.

[111] For all these reasons, the Court grants the application for judicial review only, and, out of deference to the authority in question, it is for that authority, and that authority alone, to decide the means by which to give effect to the relief granted by the Court.

[107] Le défendeur soumet également que la Cour ne peut pas annuler une seule partie de la Proclamation soit celle qui concerne la circonscription d’Acadie-Bathurst. La Cour est d’accord avec cet argument. La Cour a la compétence d’annuler juste les parties qui sont invalidées, du moment qu’elle suit le principe juridique que «la partie valide que l’on cherche à maintenir puisse être complètement séparée de l’invalidé et que sa validité[ité] soit incontestable».

[108] La Cour accepte l’argument du défendeur selon lequel annuler la Proclamation ne permettrait pas de remettre en vigueur le décret précédent. S’il n’est pas approprié pour la Cour de rétablir une circonscription telle qu’elle était avant que la Commission ait été établie, il est encore moins approprié pour la Cour d’usurper le rôle de Parlement en dictant les limites de toutes les circonscriptions d’une province.

[109] Finalement, les demandeurs demandent que la Proclamation soit annulée mais ils n’attaquent pas la décision du gouverneur en conseil d’adopter la Proclamation, ils attaquent plutôt la décision de la Commission qui les intéressent comme parties. En effet, suivant tout le raisonnement précédent, la Cour annule la décision de la Commission.

CONCLUSION

[110] La Loi sur la révision tient compte d’autres facteurs notamment, la communauté d’intérêts, la spécificité d’une circonscription électorale d’une province, l’évolution historique, ainsi que les aspects géographiques. Tout ceci est essentiel pour s’assurer que l’esprit de la loi soit reflété dans l’ensemble de son application pour que l’esprit découle de cette loi, l’interprétation se concrétise à un niveau qui prend en considération plus que des chiffres; c’est-à-dire qu’également l’âme de la composition de la population soit comprise pour son avenir basé sur son passé.

[111] Pour toutes ces raisons, la Cour accueille uniquement la demande de contrôle judiciaire et par déférence à l’autorité en question, c’est à elle de décider par quel moyen donner effet à cette conclusion de la Cour.

[112] In view of the circumstances, the Court temporarily suspends this declaration of invalidity for a period of one year, to give the authority in question an opportunity to choose the manner in which to give effect to the relief granted by the Court.⁴⁹

ORDER

The Court orders that:

1. The relief granted by the Court be put into effect within a maximum of one year;
2. Having regard to all of the particular circumstances, including the importance of the issue and the depth of the analysis of the subject as presented by both parties, no costs are awarded.

¹ R.S.C., 1985, c. E-3 (the Readjustment Act).

² The request in parentheses was withdrawn by the applicants, but the original text is reproduced to ensure that it be known that the relief was initially sought.

³ 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].

⁴ Applicants' Record, Report of the Federal Electoral Boundaries Commission for New Brunswick 2003, Vol. 1, Tab 5, p. 67, at pp. 84-85.

⁵ R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31 (the OLA).

⁶ Applicants' Record, Office of the Commissioner of Official Languages, Final Investigation Report concerning Complaints relating to the Readjustment of the Boundaries of the Federal Electoral District of Acadie-Bathurst by the Federal Electoral Boundaries Commission for New Brunswick, Vol. II, Tab 10, p. 350.

⁷ *Idem*, at p. 355.

⁸ Applicants' Record, Standing Committee on Procedure and House Affairs, Thirtieth Report, Vol. I, Tab 5, pp. 138-144, paras. 36-37.

⁹ Applicants' Record, Federal Electoral Boundaries Commission for New Brunswick, Disposition by the Commission of Objections Filed by Members of the House of Commons, Vol. I, Tab 5, pp. 148-156.

¹⁰ [1991] 2 S.C.R. 158 (*Carter*).

¹¹ Proclaimed in force April 17, 1982.

¹² *Carter*, *supra*, note 10 at p. 183.

¹³ *Carter*, *supra*, note 10 at pp. 184-185.

[112] Compte tenu de la situation, la Cour suspend temporairement, pour une période maximum d'un an, cette déclaration d'invalidité pour donner l'occasion à l'autorité en question d'agir de sa façon pour donner effet à cette conclusion de la Cour⁴⁹.

ORDONNANCE

La Cour ordonne que:

1. La conclusion de la Cour soit mise en application à l'intérieur d'une période maximum d'un an;
2. Compte tenu de toutes les circonstances particulières, incluant l'importance du litige ainsi que l'approfondissement de la matière par chaque partie, aucuns dépens ne soient adjugés.

¹ L.R.C. (1985), ch. E-3 (la Loi sur la révision).

² La demande en parenthèse a été mise de côté par les demandeurs mais le texte original est produit pour s'assurer que le propos original soit néanmoins connu malgré qu'il a été écarté.

³ 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].

⁴ Dossier des demandeurs, Rapport de la Commission de délimitation des circonscriptions électorales fédérales pour le Nouveau-Brunswick 2003, Vol. 1, Onglet 5, p. 67 aux p. 84-85.

⁵ L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31 (la LLO).

⁶ Dossier des demandeurs, Commissariat aux langues officielles, Rapport final d'enquête sur des plaintes ayant trait au remaniement de la circonscription fédérale d'Acadie-Bathurst proposé par la Commission de délimitation des circonscriptions électorales fédérales pour la Province du Nouveau-Brunswick, Vol. II, Onglet 10 à la p. 350.

⁷ *Idem*, à la p. 355.

⁸ Dossier des demandeurs, Comité permanent de la procédure et des affaires de la Chambre, Trentième Rapport, Vol. I, Onglet 5, p. 138 à 144, aux par. 36 à 37.

⁹ Dossier des demandeurs, Commission de délimitation des circonscriptions électorales fédérales pour le Nouveau-Brunswick, Décisions de la commission à l'égard des oppositions des députés, Vol. I, Onglet 5 aux p. 148 à 156.

¹⁰ [1991] 2 R.C.S. 158 (*Carter*).

¹¹ Entrée en vigueur le 17 avril 1982.

¹² *Carter*, précité, note 10 à la p. 183.

¹³ *Carter*, précité, note 10 aux p. 184 et 185.

¹⁴ *Carter, supra*, note 10 at p. 189.

¹⁵ Applicants' Record, Affidavit of Carmel Raïche, Vol. I, Tab 3, p. 7, at pp. 8-10, paras. 4-10; Applicants' Record, Affidavit of Ian Oliver, Vol. I, Tab 4, p. 22, at pp. 23-24, paras. 4-6.

¹⁶ Respondents' Record, Affidavit of David Johnson, Vol. 8, Tab C, p. 2374, at p. 2409, para. 222.

¹⁷ *Idem*, at p. 2411, paras. 232-235.

¹⁸ *Idem*, at pp. 2421-2422, para. 305.

¹⁹ Respondent's Record, Affidavit of Pierre-Marcel Desjardins, Vol. 8, Tab D, p. 2449, at p. 2452, para. 21.

²⁰ *Idem*, at p. 2470, paras. 110-111.

²¹ Respondent's Record, Affidavit of David Johnson, Vol. 8, Tab C, p. 2374, at p. 2409, para. 223.

²² *Idem*, at p. 2420, para. 294.

²³ *Idem*, at p. 2418, para. 285.

²⁴ *Carter, supra*, note 10 at p. 188.

²⁵ Respondent's Record, Affidavit of David Johnson, Vol. 8, Tab C, at p. 2411, paras. 232-235.

²⁶ *Idem*, at p. 2410, paras. 226-227.

²⁷ Applicants' Record, Affidavit of Denis Duval, Vol. II, Tab 9, p. 201, at pp. 241-242.

²⁸ Respondent's Record, Affidavit of Pierre-Marcel Desjardins, Vol. 8, Tab D, at pp. 2457-2458, para. 56.

²⁹ Respondent's Record, Fernand Losier et al., "Electoral District of Acadie-Bathurst", presented to the Commission, Vol. 5, Tab 40, p. 1592, at p. 1593.

³⁰ Respondent's Record, Document presented by Carmel Raïche and Martin Doiron, Vol. 5, Tab 37, p. 1572, at p. 1574; Respondent's Record, Fernand Losier et al., "Electoral District of Acadie-Bathurst", presented to the Commission, Vol. 5, Tab 40, p. 1592, at p. 1594.

³¹ Applicants' Record, Report of the Federal Electoral Boundaries Commission for New Brunswick 2003, Vol. 1, Tab 5, p. 67, at pp. 84-85.

³² *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 912, at para. 59.

³³ *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

³⁴ *Figueroa, supra*, note 32.

³⁵ *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at para. 34.

³⁶ Respondent's Record, transcript of the public hearing (Acadie-Bathurst) of the Commission at Caraquet, September 5, 2002, Vol. 1, Tab 3, p. 259, at pp. 401-403.

³⁷ Respondent's Record, transcript of the public hearing (Madawaska-Restigouche) of the Commission in Saint-Quentin, September 3, 2002, Vol. 1, Tab 1, p. 67, at p. 68.

³⁸ Respondent's Record, transcript of the public hearing (Acadie-Bathurst) of the Commission in Caraquet, September 5, 2002, Vol. 1, Tab 3, p. 259, at pp. 309-310.

³⁹ *Idem*, at p. 322.

¹⁴ *Carter*, précité, note 10 à la p. 189.

¹⁵ Dossier des demandeurs, affidavit de Carmel Raïche, vol. I, onglet 3, p. 7, aux p. 8 à 10, aux par. 4 à 10; Dossier des demandeurs, affidavit de Ian Oliver, vol. I, onglet 4, p. 22, aux p. 23 à 24, par. 4 à 6.

¹⁶ Dossier du défendeur, affidavit de David Johnson, vol. 8, onglet C, p. 2374, à la p. 2409, au par. 222.

¹⁷ *Idem*, à la p. 2411, aux par. 232 à 235.

¹⁸ *Idem*, aux p. 2421 et 2422, par. 305.

¹⁹ Dossier du défendeur, affidavit de Pierre-Marcel Desjardins, vol. 8, onglet D, p. 2449, à la p. 2452, par. 21.

²⁰ *Idem*, à la p. 2470 aux par. 110 et 111.

²¹ Dossier du défendeur, affidavit de David Johnson, vol. 8, onglet C, p. 2374, à la p. 2409, par. 223.

²² *Idem*, à la p. 2420, par. 294.

²³ *Idem*, à la p. 2418, par. 285.

²⁴ *Carter*, précité, note 10 à la p. 188.

²⁵ Dossier du défendeur, affidavit de David Johnson, vol. 8, onglet C, à la p. 2411, par. 232 à 235.

²⁶ *Idem*, à la p. 2410, par. 226 et 227.

²⁷ Dossier des demandeurs, affidavit de Denis Duval, vol. II, onglet 9, p. 201, aux pp. 241 et 242.

²⁸ Dossier du défendeur, affidavit de Pierre-Marcel Desjardins, vol. 8, onglet D, aux p. 2457 et 2458, par. 56.

²⁹ Dossier du défendeur, Fernand Losier et al., «Circonscription électorale d'Acadie-Bathurst», présenté à la Commission, vol. 5, onglet 40, p. 1592, à la p. 1593.

³⁰ Dossier du défendeur, document présenté par Carmel Raïche et Martin Doiron, vol. 5, onglet 37, p. 1572, à la p. 1574; Dossier du défendeur, Fernand Losier et al., «Circonscription électorale d'Acadie-Bathurst» présenté à la Commission, vol. 5, onglet 40, p. 1592, à la p. 1594.

³¹ Dossier des demandeurs, Rapport de la Commission de délimitation des circonscriptions électorales fédérales pour le Nouveau-Brunswick 2003, vol. 1, onglet 5, p. 67, aux p. 84 et 85.

³² *Figueroa c. Canada (Procureur Général)*, [2003] 1 R.C.S. 912, au par. 59.

³³ *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

³⁴ *Figueroa*, précité, note 32.

³⁵ *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, au par. 34.

³⁶ Dossier du défendeur, transcription de l'audience publique (Acadie-Bathurst) de la Commission à Caraquet, 5 septembre 2002, vol. 1, onglet 3, p. 259, aux p. 401 à 403.

³⁷ Dossier du défendeur, transcription de l'audience publique (Madawaska-Restigouche) de la Commission à Saint-Quentin, 3 septembre 2002, vol. 1, onglet 1, p. 67, à la p. 68.

³⁸ Dossier du défendeur, transcription de l'audience publique (Acadie-Bathurst) de la Commission à Caraquet, 5 septembre 2002, vol. 1, onglet 3, p. 259, aux p. 309 et 310.

³⁹ *Idem*, à la p. 322.

⁴⁰ Respondent's Record, transcript of the public hearing (Beausejour) of the Commission in Shediac, October 17, 2002, Vol. 3, Tab 9, p. 1034, at pp. 1045, 1051, 1095.

⁴¹ Applicants' Record, Report of the Federal Electoral Boundaries Commission for New Brunswick 2003, Vol. 1, Tab 5, p. 67, at p. 118.

⁴² *Idem*, at p. 119.

⁴³ In the intervenor's submission, the decision that should be applied, among other logical conclusions from that interpretation, is *Lalonde v. Ontario (Health Services Restructuring Commission)* (2001), 56 O.R. (3d) 505 (C.A.), and see the memorandum of fact and law of the intervenor Commissioner of Official Languages, at paras. 53-58.

⁴⁴ *Ayangma v. Canada* (2002), 221 F.T.R. 81 (F.C.T.D.), at para. 65; affirmed (2003), 303 N.R. 92 (F.C.A.); leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied, [2003] S.C.C.A. No. 146 (QL) (*Ayangma*); *Canada (Commissioner of Official Languages) v. Canada (Department of Justice)* (2001), 35 Admin. L.R. (3d) 46 (F.C.T.D.), at paras. 90-91; *Devinat v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, [2000] 2 F.C. 212 (C.A.) (*Devinat*); *Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency)*, [2004] 1 F.C.R. 136 (T.D.).

⁴⁵ *Devinat*, *supra*, note 44 at paras. 26-28.

⁴⁶ *Ayangma* (C.A.), *supra*, note 44 at para. 31.

⁴⁷ *Devinat*, *supra*, note 44 at para. 30.

⁴⁸ R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14).

⁴⁹ See the appendix filed by the Attorney General, Représentations supplémentaires au sujet des réparations demandées (Supplementary Submissions Regarding the Relief Sought), filed on May 3, 2004, by the solicitor for the respondent (paras. 10-13 inclusive, at pp. 2-6 inclusive).

⁴⁰ Dossier du défendeur, transcription de l'audience publique (Beausejour) de la Commission à Shediac, 17 octobre 2002, vol. 3, onglet 9, p. 1034, aux p. 1045, 1051 et 1095.

⁴¹ Dossier des demandeurs, rapport de la Commission de délimitation des circonscriptions électorales fédérales pour le Nouveau-Brunswick 2003, vol. 1, onglet 5, p. 67, à la p. 118.

⁴² *Idem*, à la p. 119.

⁴³ Selon l'intervenante, c'est l'arrêt suivant qui devrait s'appliquer parmi d'autres éléments logiques découlant de cette interprétation, *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, (2001), 56 O.R. (3d) 577 (C.A.), et voir mémoires de faits et de droits de l'intervenante, commissaire aux langues officielles, aux par. 53 à 58.

⁴⁴ *Ayangma c. Canada* (2002), 221 F.T.R. 81 (C.F. 1^{re} inst.), au par. 65; confirmé par (2003), 303 N.R. 92 (C.A.F.), permission d'appeler à la Cour suprême du Canada refusée, [2003] S.C.C.A. n° 146 (QL) (*Ayangma*); *Canada (Commissaire aux langues officielles) c. Canada (Ministère de la Justice)* (2001), 35 Admin. L.R. (3d) 46 (C.F. 1^{re} inst.), aux par. 90 et 91; *Devinat c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, [2000] 2 C.F. 212 (C.A.) (*Devinat*); *Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence d'inspection des aliments)*, [2004] 1 F.C.R. 136 (T.D.).

⁴⁵ *Devinat*, précité, note 44 aux par. 26 à 28.

⁴⁶ *Ayangma* (C.A.), précité, note 44 au par. 31.

⁴⁷ *Devinat*, précité, note 44 au par. 30.

⁴⁸ L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)

⁴⁹ Voir l'annexe du procureur général, représentations supplémentaires au sujet des réparations demandées déposée le 3 mai 2004 par le procureur du défendeur (para. 10 à 13 inclusivement, aux p. 2 à 6 inclusivement).

T-437-01
2004 FC 578

T-437-01
2004 CF 578

Rothbury International Inc. (Plaintiff)

Rothbury International Inc. (demanderesse)

v.

c.

**Minister of Industry and Commissioner of Patents
(Defendants)**

**Ministre de l'industrie et Commissaire des brevets
(défendeurs)**

**INDEXED AS: ROTHBURY INTERNATIONAL INC. v. CANADA
(MINISTER OF INDUSTRY) (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ: ROTHBURY INTERNATIONALE INC. c. CANADA
(MINISTRE DE L'INDUSTRIE) (C.F.)**

Federal Court, Tremblay-Lamer J.—Ottawa, March 22
and April 16, 2004.

Cour fédérale, juge Tremblay-Lamer — Ottawa, 22 mars
et 16 avril 2004.

Industrial Design — Plaintiff filing registration application for industrial design relating to block used in construction of revetment walls, external division walls — Application denied — Proper proceeding under Industrial Design Act, s. 22 action — Purpose of Act to protect visual features, combinations of features, configuration, pattern or ornament in finished article — Originality determined by purely visual assessment — Act, s. 7(3) providing design must be considered as original by examiner from standpoint of informed consumer — Additional evidence filed in Federal Court disclosing several installation options possible for revetment wall, division wall — Commissioner of Patents failed to consider aesthetic aspect of design, erred in assessing degree of originality required to register industrial design for plaintiff's block — Design valid, registrable under Industrial Design Act.

Dessins industriels — La demanderesse a déposé une demande d'enregistrement pour un dessin industriel relatif à un bloc utilisé dans la construction de murs de soutènement et de murs de division extérieurs — Demande rejetée — La procédure appropriée à la lumière de l'art. 22 de la Loi sur les dessins industriels est une action — L'objet de la loi est la protection des caractéristiques ou combinaisons de caractéristiques visuelles d'un objet fini en ce qui touche la configuration, le motif ou les éléments décoratifs — L'originalité d'un dessin est déterminée par l'appréciation uniquement visuelle — L'art. 7(3) de la Loi prévoit que le dessin doit être considéré par l'examineur comme étant original, du point de vue du consommateur averti — La preuve supplémentaire déposée devant la Cour fédérale a révélé que plusieurs options d'installation étaient possibles tant pour un mur de soutènement que pour un mur de division — Le commissaire aux brevets a omis de considérer l'aspect esthétique du dessin, et il a erré en droit et en fait dans son évaluation du degré d'originalité requis pour l'enregistrement du dessin industriel du bloc de la demanderesse — Le dessin industriel était valide et enregistrable en vertu de la Loi sur les dessins industriels.

Administrative Law — Judicial Review — Mandamus — Plaintiff seeking order to enter industrial design 1997-1470 in Register of Industrial Designs — Commissioner of Patents dismissing application to register for lack of originality in design compared with prior art — Appeal of Commissioner's conclusions under Industrial Design Act, s. 22 requiring determination of appropriate standard of review — Application of pragmatic, functional analysis — Although originality question of fact for which standard of review that of reasonable decision, because additional evidence filed in Court, appropriate standard of review correctness.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Mandamus — La demanderesse cherchait à faire inscrire la demande 1997-1470 sur le registre des dessins industriels — Le commissaire aux brevets a rejeté la demande d'enregistrement en raison de l'absence d'originalité du dessin par rapport à l'art antérieur — L'appel des conclusions du commissaire en vertu de l'art. 22 de la Loi sur les dessins industriels exige la détermination de la norme de contrôle appropriée — Application de l'approche pragmatique et fonctionnelle — L'originalité d'un dessin est une question de fait pour laquelle la norme de contrôle appropriée est celle de la décision raisonnable, mais, parce qu'une preuve additionnelle a été déposée devant la Cour, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

This was an action brought by statement of claim seeking an order stating that the subject of the application to register industrial design 1997-1470 is complete, valid and registrable. The plaintiff also asked the Court to direct the Department of Industry to enter said application in the Register of Industrial Designs. In June 1997, the plaintiff filed registration application 1997-1470 for the industrial design relating to the New Pisa II block (NPII), which is a parallelepiped block used in the construction of revetment walls and external division walls. Following the initial review of its application by the industrial drafting checker and after receiving the final refusal to register, the plaintiff filed an appeal with the Patent Appeal Board. The Board dismissed the plaintiff's appeal and refused to recommend registration of the NPII. The plaintiff submitted that the Commissioner of Patents made an error of law in his application of the legal test developed by the courts to assess registrability of the NPII block, and that he should have considered the block from the standpoint of a person knowledgeable in the field of blocks before determining the originality of the design for the NPII block. Three questions were raised: (1) whether the Commissioner of Patents erred in law and in fact in assessing the degree of originality required to register the industrial design for the plaintiff's NPII block; (2) whether the Commissioner erred in refusing, without sufficient cause, to register that design; and (3) whether the design in question is valid and registrable under the *Industrial Design Act*.

Held, the order should be granted and the three questions answered in the affirmative.

Subsection 22(1) of the *Industrial Design Act* provides that "any person aggrieved by any omission without sufficient cause to make any entry in the Register of Industrial Designs" may ask the Federal Court to order that the entry be made in the Register. The proper proceeding under section 22 is an action. In the absence of any express provision that proceedings under section 22 of the Act are initiated by application, all other proceedings must be brought by statement of claim. Accordingly, the plaintiff correctly applied to the Court by statement of claim. Moreover, there could not be a trial *de novo* in the strict sense under section 22, since that term refers to a trial that requires creation of a new record and under section 22 the record prepared by the Commissioner is the basis for the evidence in the Federal Court, to which additional evidence may be added.

Reviewing the Commissioner's conclusions in part under section 22 of the Act required the determination of the

Il s'agit d'une action introduite par déclaration par laquelle la demanderesse sollicitait une ordonnance déclarant que l'objet de la demande d'enregistrement du dessin industriel 1997-1470 est complet, valide et enregistrable. La demanderesse demandait également à la Cour d'ordonner au ministère de l'Industrie d'inscrire la demande 1997-1470 sur le registre des dessins industriels. En juin 1997, la demanderesse a déposé la demande d'enregistrement 1997-1470 pour le dessin industriel relatif au bloc New Pisa II (NPII), lequel est un bloc parallélépipède utilisé dans la construction de murs de soutènement et de murs de division extérieurs. Suite à l'examen initial de sa demande par l'examineur des dessins industriels et après avoir reçu un refus final de la demande d'enregistrement, la demanderesse a logé un appel à la Commission d'appel des brevets. La Commission a rejeté l'appel de la demanderesse et a refusé de recommander l'enregistrement du NPII. La demanderesse a soutenu que le commissaire a commis une erreur de droit dans son application du test juridique développé par la jurisprudence pour évaluer l'enregistrabilité du bloc NPII et qu'il aurait dû examiner le bloc avec l'œil d'une personne versée dans le domaine des blocs avant d'évaluer l'originalité du dessin pour le bloc NPII. Trois questions ont été soulevées: 1) le commissaire des brevets a-t-il erré en droit et en fait dans son évaluation du degré d'originalité requis pour l'enregistrement du dessin industriel du bloc NPII de la demanderesse? 2) le commissaire a-t-il erré en refusant, sans cause suffisante, d'enregistrer le dessin industriel? 3) le dessin industriel en question est-il valide et enregistrable en vertu de la *Loi sur les dessins industriels*?

Jugement: l'ordonnance doit être accordée et les trois questions doivent recevoir une réponse affirmative.

Le paragraphe 22(1) de la *Loi sur les dessins industriels* prévoit que «toute personne lésée, soit par l'omission, sans cause suffisante, d'une inscription sur le registre des dessins industriels» peut demander à la Cour fédérale d'ordonner que cette inscription soit faite sur le registre. La procédure appropriée à la lumière de l'article 22 est une action. En l'absence d'une disposition expresse portant que les procédures prévues à l'article 22 de la Loi sont instituées par voie de demande, toutes autres procédures doivent l'être par voie de déclaration. C'est donc à bon droit que la demanderesse s'est adressée à la Cour par voie de déclaration. Il ne peut en outre s'agir d'un procès *de novo* au sens strict en vertu de l'article 22 puisque ce terme renvoie à un procès qui requiert la création d'un nouveau dossier et, en vertu de l'article 22, le dossier constitué par le commissaire constitue le fondement de la preuve devant la Cour fédérale auquel peut être ajoutée une preuve additionnelle.

Puisque l'appel prévu à l'article 22 de la Loi exige la révision en partie des conclusions du commissaire, il fallait

appropriate standard of review. In *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, the Supreme Court of Canada repeated that the Court should apply the pragmatic and functional approach, which calls upon a reviewing court to weigh a series of factors to determine the standard of review applicable to an administrative decision. The first factor is the presence or absence of a privative clause. In the case at bar, the absence of a privative clause indicated that limited deference was owed to the Commissioner's decision. The second factor recognizes that a decision-maker may, in an area, have special expertise greater than that of the courts of law. In deciding whether an industrial design should be registered, the Commissioner has an expertise which the Court does not have and he should be treated with greater deference. The third factor is the purpose of the Act. The *Industrial Design Act* does not require the decision-maker to choose between various remedies or to rule on the rights of two parties: it only provides for the registration of a design which is original and meets the criteria set out in the Act. Accordingly, the legislative purpose diverges significantly from the usual role of the courts, which argues for greater deference. The last factor is the nature of the problem. The issue herein was whether the form of the industrial design is original. Since the Federal Court has held that this is a purely factual matter, greater deference was warranted. Based on these factors, the appropriate standard of review herein was that of the reasonable decision. However, in light of the additional evidence submitted to the Federal Court, the Commissioner would not have made the same decision, so that the applicable standard of review was that of the correct decision.

The purpose of the *Industrial Design Act* is to protect the visual features, or combinations of features, of configuration, pattern or ornament in a finished article. The test used for determining the originality of a design is that of a purely visual assessment of the features of a finished article. It requires that review of the design be from the standpoint of the informed consumer, in this case, a consumer who is familiar with the block market field. Subsection 7(3) of the Act also provides that the design must be considered as original by the examiner. The originality of a design is a question of fact that must be assessed in accordance with the nature and character of the article to which the design refers and constraints must be considered when originality is assessed. The purpose of an industrial design is to protect the visual features of a functional article, but the latter should not be solely the result of a function of the article.

The plaintiff filed additional evidence in the Federal Court as well as the record of the registration application for the NP11 industrial design. The additional evidence disclosed that

déterminer la norme de contrôle appropriée en l'espèce. Dans l'affaire *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, la Cour suprême du Canada a réitéré qu'il faut appliquer l'approche pragmatique et fonctionnelle qui exige que la cour de révision soupèse une série de facteurs afin de déterminer la norme de révision applicable à une décision administrative. Le premier facteur est la présence ou l'absence d'une clause privative. En l'espèce, l'absence d'une clause privative indique que peu de déférence est due à la décision du commissaire. Le deuxième facteur reconnaît qu'un décideur peut, dans un domaine, avoir une expertise particulière, qui est plus importante que celle des cours de justice. En décidant si on doit enregistrer ou non un dessin industriel, le commissaire possède une expertise que la Cour ne détient pas et plus de déférence doit lui être accordé. Le troisième facteur est l'objet de la Loi. La *Loi sur les dessins industriels* n'exige pas que le décideur choisisse parmi diverses réparations, ni qu'il statue sur les droits de deux parties: elle prévoit uniquement l'enregistrement d'un dessin qui est original et satisfait aux critères formulés dans la Loi. Ainsi, l'objet législatif s'écarte considérablement du rôle usuel des tribunaux, ce qui milite en faveur d'une plus grande déférence. Le dernier facteur est la nature de la question. En l'espèce, la question était de savoir si la forme du dessin industriel est originale. Comme la Cour fédérale a décidé qu'il s'agissait d'une question purement factuelle, il y avait donc lieu à plus grande déférence. Compte tenu de ces facteurs, la norme de contrôle appropriée est celle de la décision raisonnable. Toutefois, à la lumière de la preuve additionnelle soumise à la Cour fédérale, le commissaire n'aurait pas rendu la même décision de sorte que la norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la décision correcte.

La *Loi sur les dessins industriels* vise à protéger les caractéristiques ou combinaisons de caractéristiques visuelles d'un objet fini en ce qui touche la configuration, le motif ou les éléments décoratifs. Le test utilisé pour déterminer l'originalité d'un dessin est celui de l'appréciation uniquement visuelle des caractéristiques d'un objet fini. Ce test requiert que l'examen des dessins soit fait du point de vue du consommateur averti, en l'espèce un consommateur qui connaît le domaine du marché des blocs. Le paragraphe 7(3) de la Loi prévoit que le dessin doit être considéré par l'examineur comme étant original. L'originalité d'un dessin est une question de fait qui doit être appréciée en tenant compte de la nature ainsi que du caractère de l'objet auquel le dessin réfère et les contraintes doivent être considérées lorsque l'originalité est évaluée. Un dessin industriel vise à protéger les caractéristiques visuelles des objets fonctionnels mais celles-ci ne doivent pas être uniquement le résultat d'une fonction de cet objet.

La demanderesse a déposé devant la Cour fédérale une preuve supplémentaire en plus du dossier de la demande d'enregistrement du dessin industriel du NP11. La preuve

several installation options were possible both for a revetment wall and a division wall. In concluding that this recess had a purely functional role, the Commissioner failed to consider its aesthetic aspect. He made an error of fact in failing to consider that the surface opposite the granular face of the block could also be used as a facade for a wall. This error was significant as it influenced his assessment of the originality of the design which was the subject of application 1997-1470. The NP11 was more versatile than the Pisa II block and was sufficiently different from the prior art to attract the consumer's attention. These blocks are not sold directly to the public, but are distributed to contractors, engineers, gardeners, etc. The consumer is thus a person fully familiar with the art of blocks used for revetment walls and division walls, and the Commissioner should have reviewed the design with this in mind. The Commissioner erred in law and in fact in assessing the degree of originality required to register the industrial design for the plaintiff's NP11 block, and in refusing, without sufficient cause, to register that design. The design in question is valid and registrable under the *Industrial Design Act*.

supplémentaire a révélé que plusieurs options d'installation sont possibles tant pour un mur de soutènement que pour un mur de division. En concluant que cet embèvement avait un rôle purement fonctionnel, le commissaire a omis de considérer son aspect esthétique. Il a commis une erreur de fait en omettant de considérer que la surface opposée à la face granulaire du bloc pouvait également servir de façade pour un mur. Cette erreur était importante car elle influençait son appréciation de l'originalité du dessin faisant l'objet de la demande 1997-1470. Le NP11 était plus versatile que le bloc Pisa II et présentait suffisamment de différences avec l'art antérieur pour retenir l'attention du consommateur. Ces blocs ne sont pas vendus directement au public, mais sont distribués à des entrepreneurs, des ingénieurs, des jardiniers, etc. Le consommateur est donc une personne bien versée dans l'art des blocs utilisés pour des murs de soutènement et des murs de division et c'est avec cette perspective que le commissaire aurait dû examiner le dessin. Le commissaire aux brevets a erré en droit et en fait dans son évaluation du degré d'originalité requis pour l'enregistrement du dessin industriel du bloc NP11 de la demanderesse et en refusant, sans cause suffisante, d'enregistrer ce dessin. Le dessin en question est valide et enregistrable en vertu de la *Loi sur les dessins industriels*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 61(1), 169, 300 (as am. by SOR/2002-417, s. 18).
Industrial Design Act, R.S.C., 1985, c. I-9, ss. 2 "design" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 20), 7(3) (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 143, Sch. VI, item 16), 22.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 41 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16).
Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 56.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Gandy v. Commissioner of Patents et al. (1980), 47 C.P.R. (2d) 109 (F.C.T.D.); *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *Garbo Group Inc. v. Harriet Brown & Co.* (1999), 23 Admin. L.R. (3d) 153; 3 C.P.R. (4th) 224; 176 F.T.R. 80 (F.C.T.D.); *Amp Incorporated v. Utilux Proprietary Ltd.*, [1972] R.P.C. 103 (H.L.); *Clatworthy & Son Ltd. v. Dale Display Fixtures Ltd.*, [1929] S.C.R. 429; [1929] 3 D.L.R. 11.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 41 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 16).
Loi sur les dessins industriels, L.R.C. (1985), ch. I-9, art. 2 «dessin» (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 20), 7(3), 22.
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 56.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 61(1), 169, 300.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Gandy c. Commissaire des brevets et autre (1980), 47 C.P.R. (2d) 109 (C.F. 1^{re} inst.); *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *Garbo Group Inc. c. Harriet Brown & Co.* (1999), 23 Admin. L.R. (3d) 153; 3 C.P.R. (4th) 224; 176 F.T.R. 80 (C.F. 1^{re} inst.); *Amp Incorporated v. Utilux Proprietary Ltd.*, [1972] R.P.C. 103 (H.L.); *Clatworthy & Son Ltd. v. Dale Display Fixtures Ltd.*, [1929] R.C.S. 429; [1929] 3 D.L.R. 11.

CONSIDERED:

Application for Industrial Design Registration by Robin R. Boyan (Re) (1977), 56 C.P.R. (2d) 134 (Comm. Pat.).

REFERRED TO:

Molson Breweries v. John Labatt Ltd., [2000] 3 F.C. 145; (2000), 5 C.P.R. (4th) 180; 252 N.R. 91 (C.A.); *Bata Industries Ltd. v. Warrington Inc.* (1985), 5 C.I.P.R. 223; 5 C.P.R. (3d) 339 (F.C.T.D.); *Application of Dart Industries Inc. (Re)* (1983), 3 C.P.R. (3d) 420 (Comm. Pat.).

ACTION seeking order stating that the subject of the application to register industrial design 1997-1470 is complete, valid and registrable, and directing the Department of Industry to enter said application in the Register of Industrial Designs. Order granted.

APPEARANCES:

Jacques A. Léger, Q.C., and *Alexandra Steele* for plaintiff.
Sébastien Gagné for defendants.

SOLICITORS OF RECORD:

Léger Robic Richard, s.e.n.c., Montréal, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendants.

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

[1] TREMBLAY-LAMER J.: This is an action brought by statement of claim pursuant to subsection 61(1) and rule 169 of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106 (the Rules). The plaintiff is seeking an order stating that the subject of the application to register industrial design 1997-1470 is complete, valid and registrable. The plaintiff is further asking that this Court direct the Department of Industry (the Department) to enter application 1997-1470 in the Register of Industrial Designs (the Register).

DÉCISION EXAMINÉE:

Application for Industrial Design Registration by Robin R. Boyan (Re) (1977), 56 C.P.R. (2d) 134 (Comm. des brevets).

DÉCISIONS CITÉES:

Brasseries Molson c. John Labatt Ltd., [2000] 3 C.F. 145; (2000), 5 C.P.R. (4th) 180; 252 N.R. 91 (C.A.); *Bata Industries Ltd. c. Warrington Inc.* (1985), 5 C.I.P.R. 223; 5 C.P.R. (3d) 339 (C.F. 1^{re} inst.); *Application of Dart Industries Inc. (Re)* (1983), 3 C.P.R. (3d) 420 (Comm. des brevets).

ACTION visant à obtenir une ordonnance déclarant que l'objet de la demande d'enregistrement du dessin industriel 1997-1470 est complet, valide et enregistrable et enjoignant au ministère de l'Industrie d'inscrire ladite demande sur le registre des dessins industriels. Ordonnance accordée.

ONT COMPARU:

Jacques A. Léger, c.r., et *Alexandra Steele* pour la demanderesse.
Sébastien Gagné pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Léger Robic Richard, s.e.n.c., Montréal, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

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

[1] LA JUGE TREMBLAY-LAMER: Il s'agit d'une action introduite par déclaration selon le paragraphe 61(1) et la règle 169 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106 (les Règles). La demanderesse recherche une ordonnance déclarant que l'objet de la demande d'enregistrement du dessin industriel 1997-1470 est complet, valide et enregistrable. La demanderesse demande également que cette Cour ordonne au ministère de l'Industrie (le Ministère) d'effectuer l'inscription de la demande 1997-1470 sur le registre des dessins industriels (le registre).

FACTS

[2] On June 3, 1997, the plaintiff filed registration application 1997-1470 for the industrial design relating to the New Pisa II block (the NP11). This is a parallelepiped block used in the construction of revetment walls and external division walls. The registration application contains the following amended description of the NP11:

The design lies essentially in the shape and configuration of a block having a rectangular rear side with a central granulated surface and with a transverse recess of right-angled trapezoidal cross-section, which extends over all its length at substantially in height.

[3] Following the initial review of its application by the industrial drafting checker (the checker) and the filing of two replies to two reports by the checker, the plaintiff received the final refusal to register on June 16, 1999. The plaintiff filed an appeal with the Patent Appeal Board (the Board).

[4] On September 13, 2000, the Board dismissed the plaintiff's appeal and refused to recommend registration of the NP11: hence the action at bar against the Department and the Commissioner of Patents (the Commissioner) challenging the Board's decision.

POINTS AT ISSUE

1. Did the Commissioner of Patents (and the checker before him) err in law and in fact in assessing the degree of originality required to register the industrial design for the plaintiff's NP11 block?

2. Did the Commissioner err in refusing, without sufficient cause, to register the plaintiff's industrial design for the NP11 block?

3. Is the plaintiff's industrial design for the NP11 block valid and registrable under the provisions of the *Industrial Design Act* [R.S.C., 1985, c. I-9], so that the Federal Court can order that the entry be made in the Register pursuant to section 22 of that Act?

LES FAITS

[2] Le 3 juin 1997, la demanderesse a déposé la demande d'enregistrement 1997-1470 pour le dessin industriel relatif au bloc New Pisa II (le NP11). Celui-ci est un bloc parallélépipède utilisé dans la construction de murs de soutènement et de murs de division extérieurs. La demande d'enregistrement contient la description amendée suivante du NP11:

[TRADUCTION] Le dessin repose essentiellement sur la forme et la configuration d'un bloc ayant un côté arrière rectangulaire avec une surface centrale granulaire et un embrèvement transversal de forme trapézoïdale à angle droit, situé sur le côté opposé au côté granulaire, qui s'étend sur toute la longueur et qui est situé vers le haut du bloc.

[3] Suite à l'examen initial de sa demande par l'examineur des dessins industriels (l'examineur) et à la production de deux réponses à deux rapports de l'examineur, la demanderesse reçut un refus final de l'enregistrement le 16 juin 1999. La demanderesse logea un appel à la Commission d'appel des brevets (la Commission).

[4] Le 13 septembre 2000, la Commission a rejeté l'appel de la demanderesse et a refusé de recommander l'enregistrement du NP11, d'où la présente action contre le Ministère et le commissaire aux brevets (le commissaire), contestant la décision de la Commission.

QUESTIONS EN LITIGE

1. Est-ce que le commissaire aux brevets (et l'examineur avant lui) a erré en droit et en fait dans son évaluation du degré d'originalité requis pour l'enregistrement du dessin industriel du bloc NP11 de la demanderesse?

2. Est-ce que le commissaire a erré en refusant, sans cause suffisante, d'enregistrer le dessin industriel de la demanderesse pour le bloc NP11?

3. Est-ce que le dessin industriel de la demanderesse pour le bloc NP11 est valide et enregistrable en vertu des dispositions de la *Loi sur les dessins industriels* [L.R.C. (1985), ch. I-9] de sorte que la Cour fédérale puisse ordonner que l'inscription soit faite au registre conformément à l'article 22 de cette Loi?

PLAINTIFF'S POSITION

[5] The plaintiff submitted that the Commissioner made an error of law in his application of the legal test developed by the courts to assess registrability of the NPII block. It suggested that the Commissioner should have considered the block from the standpoint of a person knowledgeable in the field of blocks, or that of a consumer with knowledge of the field of blocks, before determining the originality of the design for the NPII block.

[6] It alleged that the following errors of fact resulted from this error of law:

1. the Commissioner did not consider the fact that the NPII was substantially different from what existed in the industry at the time the application was made;
2. in his comparison to determine the originality of the design, the Commissioner dissected first the NPII block and then the Pisa II block, whereas he should have looked at what was already in existence (the Pisa II) before considering the NPII;
3. the Commissioner wrongly decided *a priori* that the NPII could only be installed in one way;
4. the Commissioner wrongly concluded that the visual characteristics of the NPII were solely the result of its functionality.

ANALYSIS

1. Applicable law(a) Proper procedure

[7] The plaintiff filed an action by statement of claim seeking an order by the Federal Court that the industrial design which was the subject of the plaintiff's registration application 1997-1470 be entered in the Register.

[8] Subsection 22(1) of the *Industrial Design Act*, R.S.C., 1985, c. I-9 (the Act) provides that "any person aggrieved by any omission without sufficient cause to make any entry in the Register of Industrial Designs" may ask the Federal Court, which has exclusive

LA POSITION DE LA DEMANDERESSE

[5] La demanderesse soumet que le commissaire a commis une erreur de droit dans son application du test juridique développé par la jurisprudence pour évaluer l'enregistrabilité du bloc NPII. Elle suggère que le commissaire aurait dû examiner le bloc avec l'œil d'une personne versée dans le domaine des blocs ou encore, avec l'œil du consommateur ayant une connaissance du domaine des blocs avant d'évaluer l'originalité du dessin pour le bloc NPII.

[6] De cette erreur de droit découleraient les erreurs de fait suivantes:

1. Le commissaire n'a pas considéré le fait que le NPII était substantiellement différent de ce qui existait dans l'industrie à l'époque où la demande fut faite.
2. Lors de sa comparaison pour déterminer l'originalité du dessin, le commissaire a décortiqué d'abord le bloc NPII et ensuite le bloc Pisa II alors qu'il devait regarder celui qui existait déjà (le Pisa II) avant d'examiner le NPII.
3. Le commissaire a erronément décidé *a priori* que le NPII ne pouvait être installé que d'une seule façon.
4. Le commissaire a erronément conclu que les caractéristiques visuelles du NPII étaient uniquement le résultat de sa fonctionnalité.

ANALYSE

1. Le droit applicablea) La procédure appropriée

[7] La demanderesse a institué une action par voie de déclaration requérant une ordonnance de la Cour fédérale pour que l'inscription du dessin industriel faisant l'objet de la demande d'enregistrement 1997-1470 de la demanderesse soit faite sur le registre.

[8] Le paragraphe 22(1) de la *Loi sur les dessins industriels*, L.R.C. (1985), ch. I-9 (la Loi) prévoit que «toute personne lésée, soit par l'omission, sans cause suffisante, d'une inscription sur le registre des dessins industriels» peut demander à la Cour fédérale qui a

jurisdiction to [subsection 22(3)] “decide any question that may be necessary or expedient to decide for the rectification of the Register”, to order that the entry be made in the Register.

[9] Subsection 22(1) of the Act reads as follows:

22. (1) The Federal Court may, on the information of the Attorney General or at the suit of any person aggrieved by any omission without sufficient cause to make any entry in the Register of Industrial Designs, or by any entry made without sufficient cause in the Register, make such order for making, expunging or varying any entry in the Register as the Court thinks fit, or the Court may refuse the application.

[10] However, the Act provides no deadline or procedure for bringing an action pursuant to section 22 of the Act.

[11] In *Gandy v. Commissioner of Patents et al.* (1980), 47 C.P.R. (2d) 109 (F.C.T.D.), the Federal Court held that the proper proceeding under section 22 was an action. At page 114, Mahoney J. said the following:

An appeal in such a case as this lies under s-s. 22(1) of the *Industrial Design Act*. It is not appropriately to be pursued by way of an application under either s-s. 17(5) or s. 18 of the *Federal Court Act*. The proper procedure to follow, in appealing under s-s. 22(1) of the Act, is to commence an action.

[12] As the Court of Appeal has not yet ruled on this point, I consider that the procedure suggested by Mahoney J. is appropriate.

[13] Further, as counsel for the plaintiff properly noted, rule 300 [as am. by SOR/2002-417, s. 18] of the Rules sets out an exhaustive list of the proceedings which may be initiated by application: the remedy described in section 22 of the Act is not on that list. In the absence of any express provision that proceedings under section 22 of the Act are initiated by application, all other proceedings must be brought by statement of claim (subsection 61(1) and rule 169 of the Rules).

[14] Accordingly, the plaintiff correctly applied to the Court by statement of claim.

jurisdiction exclusive pour [paragraphe 22(3)] «décider toute question dont la décision est nécessaire ou opportune pour la rectification du registre» d’ordonner que cette inscription soit faite sur le registre.

[9] Le paragraphe 22(1) de la Loi se lit comme suit:

22. (1) La Cour fédérale peut, sur l’information du procureur général, ou à l’instance de toute personne lésée, soit par l’omission, sans cause suffisante, d’une inscription sur le registre des dessins industriels, soit par quelque inscription faite sans cause suffisante sur ce registre, ordonner que l’inscription soit faite, rayée ou modifiée, ainsi qu’elle le juge à propos ou peut rejeter la demande.

[10] Cependant, la Loi ne prévoit aucun délai ou mécanisme pour instituer un recours en vertu de l’article 22 de la Loi.

[11] Dans l’affaire *Gandy c. Commissaire des brevets et autre* (1980), 47 C.P.R. (2d) 109 (C.F. 1^{re} inst.), la Cour fédérale a jugé que la procédure appropriée à la lumière de l’article 22 était une action. Le juge Mahoney affirme ce qui suit à la page 114:

En l’espèce, l’appel est recevable conformément au par. 22(1) de la *Loi sur les dessins industriels*. Une poursuite par voie de demande fondée sur le par. 17(5) ou l’art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* serait inappropriée. Dans un appel interjeté conformément au par. 22(1) de la Loi, il faut engager une action.

[12] La Cour d’appel ne s’étant pas prononcée sur cette question, je suis d’avis que la procédure suggérée par le juge Mahoney est appropriée.

[13] De plus, comme le souligne avec justesse le procureur de la demanderesse, la règle 300 des Règles, dresse une liste exhaustive des procédures qui peuvent être instituées par voie de demande; le recours décrit à l’article 22 de la Loi n’est pas sur cette liste. En l’absence d’une disposition expresse à l’effet que les procédures suivant l’article 22 de la Loi sont instituées par voie de demande, toutes autres procédures doivent être prises par voie de déclaration (paragraphe 61(1) et règle 169 des Règles).

[14] C’est donc à bon droit que la demanderesse s’adresse à la Cour par voie de déclaration.

(b) Whether trial *de novo*

[15] Subsection 22(1) of the Act states that the Court should only intervene when it is satisfied there has been an omission to make an entry in the Register without sufficient cause.

[16] Accordingly, the Court must assess the record as it stood before the Commissioner. There thus cannot be a trial *de novo* in the strict sense, since that term refers to a trial that requires creation of a new record, as if there had not been any record previously prepared (*Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145 (C.A.)).

[17] The defendants maintained that an appeal under section 22 of the Act must be dealt with in a manner similar to an appeal under section 56 of the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, and an appeal covered by section 41 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16] of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4. I feel that they are right, since in the same way in the latter actions the record prepared by the Commissioner was the basis for the evidence in the Federal Court, to which additional evidence could be added.

(c) Standard of review

[18] Since the appeal mentioned in section 22 of the Act requires reviewing the Commissioner's conclusions in part, the appropriate standard of review in the case at bar must be determined.

[19] Recently, in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, the Supreme Court of Canada repeated that the Court should apply the pragmatic and functional approach, which calls upon a reviewing court to weigh a series of factors to determine the standard of review applicable to an administrative decision. The background factors are the following: the presence or absence of a privative clause or right of appeal in the Act; the tribunal's expertise on the point at issue relative to that of the reviewing court; the purpose of the statute and the particular provision; and the nature of the question — law, fact or mixed law and fact.

b) S'agit-il d'un procès *de novo*?

[15] Le paragraphe 22(1) de la Loi précise que la Cour ne doit intervenir que lorsqu'elle est satisfaite qu'il y a une omission sans cause suffisante d'une inscription sur le registre.

[16] Ainsi, la Cour devra évaluer le dossier tel que constitué devant le commissaire. Il ne peut donc s'agir d'un procès *de novo* au sens strict puisque ce terme renvoie à un procès qui requiert la création d'un nouveau dossier comme s'il n'y avait pas de dossier constitué précédemment (*Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145 (C.A.)).

[17] Les défendeurs soutiennent qu'un appel sous le régime de l'article 22 de la Loi doit être traité d'une manière similaire à un appel sous le régime de l'article 56 de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, et à un appel prévu à l'article 41 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 16] de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4. Je suis d'avis qu'ils ont raison puisque de la même façon, dans ces derniers recours, le dossier constitué par le commissaire constitue le fondement de la preuve devant la Cour fédérale auquel peut être ajoutée une preuve additionnelle.

c) La norme de contrôle

[18] Puisque l'appel prévu à l'article 22 de la Loi exige la révision en partie des conclusions du commissaire, il faut donc déterminer la norme de contrôle appropriée en l'espèce.

[19] Récemment, dans l'affaire *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, la Cour suprême du Canada a réitéré qu'il faut appliquer l'approche pragmatique et fonctionnelle qui exige que la cour de révision soupèse une série de facteurs afin de déterminer la norme de révision applicable à une décision administrative. Les facteurs contextuels sont les suivants: la présence ou l'absence dans la loi d'une clause privative ou d'un droit d'appel; l'expertise du tribunal relativement à celle de la cour de révision sur la question en litige; l'objet de la loi et de la disposition particulière; la nature de la question—de droit, de fait ou mixte de fait et de droit.

Presence or absence of privative clause

[20] The first factor concerns the control procedure set out in the Act. The Act may contain a privative clause which indicates a need for greater deference. In the case at bar, the absence of a privative clause indicates that limited deference is due to the Commissioner's decision.

Decision-maker's expertise

[21] The second factor recognizes that a decision-maker may have special expertise in an area which is greater than that of the courts of law. The Commissioner is called on to render any decision under the *Industrial Design Act*, and in particular to decide whether an industrial design should be registered. In so doing, I feel that he has an expertise which the Court does not have and that he should be treated with greater deference.

Purpose of Act

[22] As the pragmatic and functional approach focuses on the legislative intent, the Court must look at the general purpose of the Act pursuant to which the decision is made. The *Industrial Design Act* does not require the decision-maker to choose between various remedies or to rule on the rights of two parties: it only provides for the registration of a design which is original and which meets the criteria set out in the Act. Accordingly, the legislative purpose diverges significantly from the usual role of the courts, and this argues for greater deference.

Nature of problem

[23] When the problem which is the subject of review is purely factual in nature, greater deference is warranted. Conversely, a point of law indicates the need for stricter review (*Dr. Q*).

[24] In the case at bar the issue is whether the form of the industrial design is original. The Federal Court has held that this is a purely factual matter (*Bata Industries Ltd. v. Warrington Inc.* (1985), 5 C.I.P.R. 223 (F.C.T.D.)). Accordingly, greater deference is warranted.

La présence ou l'absence d'une clause privative

[20] Le premier facteur concerne le mécanisme de contrôle prévu par la Loi. La Loi peut contenir une clause privative laquelle invite à une plus grande déférence. En l'espèce, l'absence d'une clause privative indique que peu de déférence est due à la décision du commissaire.

L'expertise du décideur

[21] Le deuxième facteur reconnaît qu'un décideur peut avoir une expertise particulière dans un domaine qui est plus importante que celle des cours de justice. Le commissaire est appelé à rendre toute décision en vertu de la *Loi sur les dessins industriels*, plus particulièrement, il est appelé à décider si on doit enregistrer ou non un dessin industriel. Ce faisant, je suis d'avis qu'il a une expertise que la Cour ne détient pas et que plus de déférence doit lui être accordé.

L'objet de la Loi

[22] L'approche pragmatique et fonctionnelle étant axée sur l'intention du législateur, il faut examiner l'objet général de la Loi dans laquelle s'inscrit la décision. La *Loi sur les dessins industriels* n'exige pas que le décideur choisisse parmi diverses réparations, ni qu'il statue sur les droits de deux parties mais prévoit uniquement l'enregistrement d'un dessin qui est original et qui rencontre les critères formulés dans la Loi. Ainsi, l'objet législatif s'écarte considérablement du rôle usuel des tribunaux, ce qui milite en faveur d'une plus grande déférence.

La nature de la question

[23] Lorsque la question qui fait l'objet du contrôle est de nature purement factuelle, il y a lieu à plus grande déférence. Inversement, une question de droit invite à contrôle plus rigoureux (*Dr Q*).

[24] En l'espèce, la question est de savoir si la forme du dessin industriel est originale. La Cour fédérale a décidé qu'il s'agissait d'une question purement factuelle (*Bata Industries Ltd. c. Warrington Inc.* (1985), 5 C.I.P.R. 223 (C.F. 1^{re} inst.)). Il y a donc lieu à plus grande déférence.

[25] After considering these factors, I feel that in general the appropriate standard of review in the case at bar is that of the reasonable decision.

[26] However, in view of the possibility that new evidence may be submitted, the Court must consider the effect that new evidence will have on the standard of review. This question was commented on by Evans J. in *Garbo Group Inc. v. Harriet Brown & Co.* (1999), 23 Admin. L.R. (3d) 153 (F.C.T.D.), with reference to the impact of filing new evidence under subsection 56(5) of the *Trade-marks Act*. Those comments are very relevant in the case at bar.

[27] At paragraphs 37 and 38, Evans J. said:

As for the impact on the standard of review of the filing of additional evidence on an issue at the appeal, much will depend on the extent to which the additional evidence has a probative significance that extends beyond the material that was before the Registrar. If it adds nothing of significance, but is merely repetitive of existing evidence without enhancing its cogency, its presence should not affect the standard of review applied by the Court on the appeal.

If, on the other hand, the additional evidence goes beyond what was in substance already before the Registrar, then the Court should ask whether, in the light of that material, the Registrar reached the wrong decision on the issue to which that evidence relates and, perhaps, on the ultimate decision as well. The more substantial the additional evidence, the closer the appellate Court may come to making the finding of fact for itself.

[28] In the case at bar, the plaintiff submitted new evidence to the Federal Court, which significantly added to the evidence before the Commissioner. In light of that additional evidence, I consider that the Commissioner would not have made the same decision, so that the applicable standard of review in the case at bar is that of the correct decision.

(d) Industrial designs

[29] The purpose of the *Industrial Design Act* is to protect the visual features, or combinations of features, of configuration, pattern or ornament in a finished article.

[25] Après avoir examiné ces facteurs, je suis d'avis que de façon générale la norme de contrôle appropriée en l'espèce sera celle de la décision raisonnable.

[26] Cependant, vu la possibilité de soumettre une preuve nouvelle, il faut regarder l'incidence de l'apport de cette nouvelle preuve sur la norme de contrôle. Cette question fait l'objet de commentaires par le juge Evans dans l'affaire *Garbo Group Inc. c. Harriet Brown & Co.* (1999), 23 Admin. L.R. (3d) 153 (C.F. 1^{re} inst.), eu égard à l'impact du dépôt d'une preuve nouvelle en vertu du paragraphe 56(5) de la *Loi sur les marques de commerce*. Ces commentaires sont très pertinents en l'espèce.

[27] Le juge Evans affirmait aux paragraphes 37 et 38:

Les conséquences à l'égard de la norme de contrôle qu'entraîne le dépôt en appel d'une preuve additionnelle seront largement fonction de la mesure dans laquelle cette autre preuve a une force probante plus grande que celle des éléments fournis au registraire. Si l'élément apporté a peu de poids et ne consiste qu'en une simple répétition des éléments déjà mis en preuve sans accroître la force probante de ceux-ci, la présence de cet élément additionnel ne devrait avoir aucune incidence sur la norme de contrôle appliquée par la Cour en appel.

Par contre, lorsque la preuve additionnelle va au-delà de ce qui a déjà été établi devant le registraire, la Cour doit alors se demander si, à la lumière de cette preuve, le registraire a rendu la mauvaise décision à l'égard de la question sur laquelle porte ces éléments de preuve et, peut-être, si la décision au fond est elle-même justifiée. Plus les éléments de preuve additionnels ont un poids important, plus la cour d'appel sera portée à tirer elle-même une conclusion de fait.

[28] Dans la présente affaire, la demanderesse a soumis une preuve nouvelle à la Cour fédérale laquelle ajoute de façon significative à la preuve apportée devant le commissaire. Je considère, à la lumière de cette preuve additionnelle, que le commissaire n'aurait pas rendu la même décision de sorte que la norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la décision correcte.

d) Les dessins industriels

[29] La *Loi sur les dessins industriels* vise à protéger les caractéristiques ou combinaisons de caractéristiques visuelles d'un objet fini en ce qui touche la configuration, le motif ou les éléments décoratifs.

[30] The test used for determining the originality of a design is that of a purely visual assessment of the features of a finished article. It is found in the English version of the definition of “design” in section 2 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 20] of the Act, which reads as follows:

2. . . .

“design” or “industrial design” means features of shape, configuration, pattern or ornament and any combination of those features that, in a finished article, appeal to and are judged solely by the eye;

[31] The plaintiff submitted that this test requires that review of the design be from the standpoint of the informed consumer. I concur. In the English case *Amp Incorporated v. Utilux Proprietary Ltd.*, [1972] R.P.C. 103 (H.L.), the Court held that the industrial design should be assessed from the standpoint of the consumer. At page 108 of the decision, Lord Reid wrote:

So the design must be one which appeals to the eye of some customers. And the words “judged solely by the eye” must be intended to exclude cases where a customer might choose an article of that shape not because of its appearance but because he thought that the shape made it more useful to him. [Emphasis added.]

[32] This case was cited by Mahoney J. of this Court in *Gandy v. Commissioner of Patents*. Accordingly, the Commissioner must place himself in the position of a consumer who is familiar with the block market field.

(e) Originality

[33] Before a design can be registered, the *Industrial Design Act* provides that the design must be considered as original by the examiner [subsection 7(3) (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 143, Sch. VI, item 16)]:

7. . . .

(3) The certificate, in the absence of proof to the contrary, is sufficient evidence of the design, of the originality of the design, of the name of the proprietor, of the person named as proprietor being proprietor, of the commencement and term of registration, and of compliance with this Act.

[30] Le test utilisé pour déterminer l’originalité d’un dessin est celui de l’appréciation uniquement visuelle des caractéristiques d’un objet fini. Il est trouvé dans la version anglaise de la définition de «*design*» à l’article 2 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 20] de la Loi qui se lit comme suit:

2. . . .

“*design*” or “*industrial design*” means features of shape, configuration, pattern or ornament and any combination of those features that, in a finished article, appeal to and are judged solely by the eye;

[31] La demanderesse soumet que ce test requiert que l’examen des dessins soit fait du point de vue du consommateur averti. Je suis du même avis. Dans l’arrêt anglais *Amp Incorporated v. Utilux Proprietary Ltd.*, [1972] R.P.C. 103 (H.L.), la Cour établit que le dessin industriel doit être apprécié du point de vue du consommateur. À la page 108 de la décision, lord Reid écrit:

[TRADUCTION] Donc le dessin doit plaire à l’œil de certains clients. Et les mots «appréciation uniquement visuelle» doivent avoir pour objet d’exclure les cas où un client choisit un objet de telle ou telle forme non pas en raison de son apparence mais parce qu’il croit que l’objet lui sera plus utile en raison de sa forme. [Je souligne.]

[32] Cet arrêt fut cité par le juge Mahoney de cette Cour dans *Gandy c. Commissioner of Patents*. Le commissaire devait donc se placer dans la position du consommateur qui connaît le domaine du marché des blocs.

e) L’originalité

[33] Avant d’être enregistrable, la *Loi sur les dessins industriels* prévoit que le dessin doit être considéré par l’examineur comme étant original [paragraphe 7(3)]:

7. [. . .]

(3) En l’absence de preuve contraire, le certificat est une attestation suffisante du dessin, de son originalité, du nom du propriétaire, du fait que la personne dite propriétaire est propriétaire, de la date et de l’expiration de l’enregistrement, et de l’observation de la présente loi.

[34] The Act does not define the standard of originality required. The test for determining whether an industrial design is original was settled in *Clatworthy & Son Ltd. v. Dale Display Fixtures Ltd.*, [1929] S.C.R. 429. Lamont J. wrote, at pages 431-432 of the decision:

In Dover, Limited v. Nürnberger Celluloidwaren Fabrik Gebruder Wolff ([1910] 2 Ch. 25, at p. 29), Buckley, L.J., defines "original" as applied to designs, as follows:—

The word "original" contemplates that the person has originated something, that by the exercise of intellectual activity he has started an idea which had not occurred to any one before, that a particular pattern or shape or ornament may be rendered applicable to the particular article to which he suggests that it shall be applied. If that state of things be satisfied, then the design will be original although the actual picture or shape or whatever it is which is being considered is old in the sense that it has existed with reference to another article before.

And further on he says:—

There must be the exercise of intellectual activity so as to originate, that is to say suggest for the first time, something which had not occurred to any one before as to applying by some manual, mechanical, or chemical means some pattern, shape, or ornament to some special subject-matter to which it had not been applied before.

[35] At page 433, he added that the existence of a substantial difference from the earlier design is necessary in order to find that the design is original:

It must be remembered, however, that to constitute an original design there must be some substantial difference between the new design and what had theretofore existed. A slight change of outline or configuration, or an unsubstantial variation is not sufficient to enable the author to obtain registration.

The degree of originality required to register an original design is greater than that laid down by Canadian copyright legislation, but less than that required to register a patent (*Bata Industries Ltd. v. Warrington Inc.*).

[36] The originality of a design is a question of fact that must be assessed in accordance with the nature and

[34] La Loi ne définit pas le standard d'originalité requis. Le test pour déterminer si un dessin industriel est original fut établi dans l'affaire *Clatworthy & Son Ltd. v. Dale Display Fixtures Ltd.*, [1929] R.C.S. 429. Le juge Lamont écrit aux pages 431 et 432 de la décision:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Dover, Limited v. Nürnberger Celluloidwaren Fabrik Gebruder Wolff* ([1910] 2 Ch. 25, à la p. 29.), le juge Buckley, définit de la manière suivante le mot «original» lorsqu'il est question de dessin:—

Le mot «original» signifie que la personne a créé quelque chose, qu'en faisant travailler son esprit elle a eu une idée que personne n'a eue auparavant, c'est-à-dire qu'un motif, une forme ou un ornement particulier pourrait être incorporé. Si cet état de choses se réalise, alors le dessin sera original malgré que son image ou sa forme ou peu importe de ce dont il s'agit soit ancien en ce sens qu'il existait déjà si on le compare à un autre objet déjà existant.

Puis, il poursuit en affirmant:—

Il doit y avoir un exercice intellectuel visant à créer, c'est-à-dire à proposer pour la première fois quelque chose auquel personne n'a pensé auparavant quant à l'incorporation par un procédé manuel, mécanique ou chimique d'un motif, d'une forme ou d'un ornement à un élément particulier qui n'a jamais fait l'objet d'une telle incorporation.

[35] À la page 433, il ajoute que l'existence d'une différence substantielle avec le dessin antérieur est nécessaire pour trouver que le dessin est original:

[TRADUCTION] On doit toutefois se rappeler que pour qu'un dessin soit considéré comme étant original, il doit exister une différence importante entre le nouveau dessin et ce qui existait à ce moment-là. Une légère modification du contour ou de la configuration ou une modification peu importante ne permet pas à l'auteur d'obtenir un enregistrement.

Le degré d'originalité requis pour l'enregistrabilité d'un dessin industriel est supérieur à celui prévu par la législation canadienne en droit d'auteur, mais moindre que celui requis pour enregistrer un brevet (*Bata Industries Ltd. c. Warrington Inc.*).

[36] L'originalité d'un dessin est une question de fait qui doit être appréciée en tenant compte de la nature

character of the article to which the design refers and constraints must be considered when originality is assessed (*Bata Industries; Application of Dart Industries Inc., (Re)* (1983), 3 C.P.R. (3d) 420 (Comm. Pat.)).

[37] The purpose of an industrial design is to protect the visual features of a functional article, but the latter should not be solely the result of a function of the article. In *Application for Industrial Design Registration by Robin R. Boyan (Re)* (1977), 56 C.P.R. (2d) 134 (Comm. Pat.), the checker dismissed an application to register an industrial design for paving stones because the design was not sufficiently original compared with the prior design. Both designs had projections on the lateral sides of the stone, but in the applicant's design the projections were placed irregularly while in the prior art they were located at an equal distance along the sides.

[38] The Commission found that when an article is primarily functional, minimal differences may suffice for a conclusion of originality.

2. Plaintiff's evidence in Federal Court

[39] The Commissioner dismissed the application to register because of a lack of originality in the design compared with the prior art. He further concluded that the changes made to the design resulted from functional features in the configuration of the block.

[40] The plaintiff filed additional evidence in the Federal Court as well as the record of the registration application for the NP11 industrial design. It referred to the affidavit of Angelo Risi, the plaintiff's president and the designer of the NP11, and to the affidavit of Michael Bernardi, the plaintiff's expert witness on revetment walls.

[41] Mr. Risi testified that in 1997 he drew up a new design for blocks used to put up revetment and division walls, the NP11. The block had a transverse recess on the

ainsi que du caractère de l'objet auquel le dessin réfère et les contraintes doivent être considérées lorsque l'originalité est évaluée (*Bata Industries; Application of Dart Industries Inc. (Re)* (1983), 3 C.P.R. (3d) 420 (Comm. des brevets)).

[37] Un dessin industriel vise à protéger les caractéristiques visuelles des objets fonctionnels mais celles-ci ne doivent pas être uniquement le résultat d'une fonction de cet objet. Dans l'affaire *Application for Industrial Design Registration by Robin R. Boyan (Re)* (1977), 56 C.P.R. (2d) 134 (Comm. des brevets), l'examineur a rejeté une demande d'enregistrement d'un dessin industriel pour des pierres de pavé parce que le dessin n'était pas suffisamment original comparé au dessin antérieur. Les deux dessins avaient des saillies sur les côtés latéraux des pierres, mais dans le dessin du demandeur, les saillies étaient placées de manière irrégulière alors que dans l'art antérieur elles étaient situées à distance égale le long des côtés.

[38] La Commission a décidé que lorsqu'un objet est majoritairement fonctionnel, des différences minimales peuvent être suffisantes pour conclure à l'originalité.

2. La preuve de la demanderesse devant la Cour fédérale

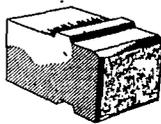
[39] Le commissaire a rejeté la demande d'enregistrement en raison de l'absence d'originalité du dessin par rapport à l'art antérieur. Il a aussi conclu que les changements apportés au dessin résultaient des caractéristiques fonctionnelles de la configuration du bloc.

[40] La demanderesse a déposé devant la Cour fédérale une preuve supplémentaire en plus du dossier de la demande d'enregistrement du dessin industriel du NP11. Elle réfère à l'affidavit de M. Angelo Risi, le président de la demanderesse ainsi que le concepteur du NP11, ainsi qu'à l'affidavit de M. Michael Bernardi, témoin-expert de la demanderesse en matière de murs de soutènement.

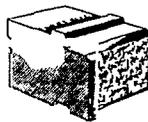
[41] M. Risi a témoigné qu'en 1997, il a conçu un nouveau dessin pour les blocs utilisés pour ériger des murs de soutènement et de division, le NP11. Ce bloc

side opposite the granular side. This recess did not exist on blocks found on the market at that time.

[42] He explained that the blocks were produced in pairs. The granular surface was created once the two blocks were separated by the consumer. Accordingly, when the consumer purchased this product he would at once notice that the sides were not smooth as in the prior art, but now had a transverse recess. Mr. Risi testified he had never seen such a recess on a block of this type before his blocks were placed on the market. Mr. Risi said he created this new design to find a way of distinguishing his products from those of his competitors. The presence of the recess gave a different aesthetic appearance, which offered the consumer a choice as to the facade he wanted to give his wall.



NPI



NPII

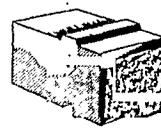
[43] Mr. Risi mentioned that following introduction of the NPII to the market demand for the product increased immediately and he received favourable comments from several customers who appreciated the aesthetic alternative offered by the NPII.

[44] Mr. Risi testified that these blocks were not offered to the public, but were distributed to contractors, engineers and gardeners. The consumer of these blocks was thus a person who was fully familiar with the art of blocks used to put up revetment walls and division walls.

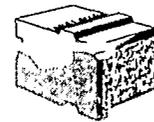
[45] Mr. Bernardi, a person knowledgeable in the field of blocks used for the construction of revetment and division walls, explained that when he saw this block for the first time his attention was immediately drawn to the recess, and he immediately wondered what the reason for the change in design was. He testified that between 1982

avait un embrèvement (*recess*) transversal sur le côté opposé au côté granulaire. Cet embrèvement n'existait pas sur les blocs trouvés sur le marché à cette époque.

[42] Il explique que ces blocs sont produits en paires. La surface granulaire est créée une fois que les deux blocs sont séparés par le consommateur. Donc, lorsque le consommateur achète ce produit, il remarquera tout de suite que les côtés ne sont plus lisses comme ceux de l'art antérieur, mais ont maintenant un embrèvement transversal. M. Risi a témoigné n'avoir jamais vu un tel embrèvement sur un bloc de ce type avant l'introduction de ses blocs sur le marché. M. Risi dit avoir créé ce nouveau dessin pour trouver une manière de se distinguer de ses concurrents. La présence de l'embrèvement donnait une allure esthétique différente qui offrait au consommateur un choix quant à la façade qu'il voulait donner à son mur.



NPI



NPII

[43] M. Risi mentionne que suite à l'introduction du NPII sur le marché, la demande pour le produit a immédiatement augmenté et il a reçu des commentaires favorables de plusieurs clients qui appréciaient l'alternative esthétique que leur procurait le NPII.

[44] M. Risi a témoigné que ces blocs ne sont pas offerts au public, mais sont distribués à des entrepreneurs, des ingénieurs et des jardiniers. Le consommateur de ces blocs est donc une personne bien versée dans l'art des blocs utilisés pour ériger des murs de soutènement et des murs de division.

[45] M. Bernardi, une personne versée dans le domaine des blocs servant à la construction de murs de soutènement et de murs de division, explique que lorsqu'il a vu ce bloc pour la première fois, son attention fut immédiatement portée sur cet embrèvement et il s'est immédiatement demandé quelle était la raison de ce

and 1997 he had never seen a block with a transverse recess on the surface opposite the granular face.

[46] Mr. Bernardi further testified that this recess was too small to facilitate the transport of blocks, especially once they were separated, and that its presence did not lighten the block substantially (Mr. Bernardi considered that the recess reduced the weight of an individual block by 3 pounds, which was negligible as they individually weighed approximately 45 pounds).

[47] Mr. Bernardi explained that several installation options are possible depending on whether the granular face or the face with the recess was used.

[48] Further, these blocks are very useful in putting up revetment walls combined with division walls. The consumer could then choose to build a wall which has two different facades, one granular and one with a more modern appearance.

[49] Mr. Bernardi felt that the NP11 was more versatile than the Pisa II block. It was sufficiently different from the prior art to attract the attention of a consumer of these blocks. In Mr. Bernardi's submission, the addition of a recess to the surface opposite the granular face of the block made the design of the NP11 original.

[50] Accordingly, the additional evidence disclosed that several installation options were possible both for a revetment wall and a division wall. The Commissioner concluded that this recess had a purely functional role. He failed to consider the aesthetic aspect of the recess.

[51] Based on the new evidence, I consider that the Commissioner made an error of fact in failing to consider that the surface opposite the granular face of the block could also be used as a facade for a wall. This error is significant, as it influenced his assessment of the originality of the design which was the subject of application 1997-1470.

[52] I accept the testimony of Mr. Bernardi, a knowledgeable person in the field of blocks used for

changement au dessin. Il a témoigné n'avoir jamais vu entre 1982 et 1997 un bloc ayant un embrèvement transversal sur la surface opposée de la face granulaire.

[46] M. Bernardi a également témoigné que cet embrèvement est trop petit pour faciliter le transport des blocs, surtout une fois qu'ils sont séparés, et que sa présence n'allège pas le bloc de manière substantielle (M. Bernardi estime que l'embrèvement réduirait le poids d'un bloc individuel par trois livres, ce qui est négligeable car ils pèsent individuellement approximativement 45 livres).

[47] M. Bernardi a expliqué que plusieurs options d'installation sont possibles selon que l'on utilise la face granulaire ou la face de l'embrèvement.

[48] De plus, ces blocs sont très utiles pour ériger des murs de soutènement combinés avec des murs de division. Le consommateur pourrait alors choisir de construire un mur qui a deux façades différentes, une granulaire, et une avec un air plus moderne.

[49] M. Bernardi estime que le NP11 est plus versatile à l'effet que le bloc Pisa II. Il présente suffisamment de différences avec l'art antérieur pour retenir l'attention du consommateur de ces blocs. Selon M. Bernardi, cet ajout d'un embrèvement à la surface opposée à la face granulaire du bloc rend le dessin du NP11 original.

[50] Ainsi, la preuve supplémentaire a révélé que plusieurs options d'installation sont possibles tant pour un mur de soutènement que pour un mur de division. Le commissaire a conclu que cet embrèvement relevait purement d'un rôle fonctionnel. Il a omis de considérer l'aspect esthétique de l'embrèvement.

[51] Vu la nouvelle preuve, je suis d'avis que le commissaire a commis une erreur de fait en omettant de considérer que la surface opposée à la face granulaire du bloc pouvait également servir de façade pour un mur. Cette erreur est importante car elle influence son appréciation de l'originalité du dessin faisant l'objet de la demande 1997-1470.

[52] J'accepte le témoignage de M. Bernardi, lui-même étant une personne versée dans le domaine des

construction of revetment walls and division walls, that when he saw this block for the first time his attention was immediately drawn to the recess on the [TRANSLATION] “back” face of a stone. He at once wondered what the reason for this change in design was. I accept his conclusion that the recess made several installation options possible and that the NP11 was more versatile than the Pisa II block, and it was sufficiently different from the prior art to attract the consumer’s attention.

[53] I also accept Mr. Risi’s testimony that these blocks are not sold directly to the public, but are distributed to contractors, engineers, gardeners and so on. The consumer is thus a person fully familiar with the art of blocks used for revetment walls and division walls, like the expert witness, and based on the decision in *Gandy*, it is with this in mind that the Commissioner should have reviewed the design.

[54] Based on the evidence filed in this Court, I would answer the three questions raised in the case at bar in the affirmative:

1. Did the Commissioner of Patents (and the checker before him) err in law and in fact in assessing the degree of originality required to register the industrial design for the plaintiff’s NP11 block?

Answer: yes

2. Did the Commissioner err in refusing, without sufficient cause, to register the plaintiff’s industrial design for the NP11 block?

Answer: yes

3. Is the plaintiff’s industrial design for the NP11 block valid and registrable under the provisions of the *Industrial Design Act*, so that the Federal Court can order that the entry be made in the Register pursuant to section 22 of that Act?

Answer: yes

blocs servant à la construction de murs de soutènement et de murs de division, à l’effet que lorsqu’il a vu ce bloc pour la première fois, son attention fut immédiatement attirée par cet embrèvement sur la face «arrière» de la pierre. Il s’est immédiatement demandé quelle était la raison de ce changement au dessin. J’accepte sa conclusion que l’embrèvement permet plusieurs options d’installation et que le NP11 est plus versatile que le bloc Pisa II et qu’il présente suffisamment de différences avec l’art antérieur pour retenir l’attention du consommateur.

[53] J’accepte également le témoignage de M. Risi que ces blocs ne sont pas vendus directement au public, mais sont distribués à des entrepreneurs, des ingénieurs, des jardiniers, etc. Le consommateur est donc une personne bien versée dans l’art des blocs utilisés pour des murs de soutènement et des murs de division, tout comme le témoin-expert, et, à la lumière de la décision dans *Gandy*, c’est avec cette perspective que le commissaire aurait dû examiner le dessin.

[54] Eu égard à la preuve produite devant cette Cour, je réponds par l’affirmative aux trois questions soulevées dans le présent litige.

1. Est-ce-que le commissaire aux brevets (et l’examineur avant lui) a erré en droit et en fait dans son évaluation du degré d’originalité requis pour l’enregistrement du dessin industriel du bloc NP11 de la demanderesse?

Réponse: oui.

2. Est-ce-que le commissaire a erré en refusant, sans cause suffisante, d’enregistrer le dessin industriel de la demanderesse pour le bloc NP11?

Réponse: oui.

3. Est-ce-que le dessin industriel de la demanderesse pour le bloc NP11 est valide et enregistrable en vertu des dispositions de la *Loi sur les dessins industriels* de sorte que la Cour fédérale puisse ordonner que l’inscription soit faite au registre conformément à l’article 22 de cette Loi?

Réponse: oui

ORDER

THE COURT ORDERS that the industrial design titled "block" which is the subject of application 1997-1470 be entered on the Register of Industrial Designs.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que l'inscription du dessin industriel intitulé «block» faisant l'objet de la demande 1997-1470 soit faite sur le registre des dessins industriels.

A-478-03
2004 FCA 252

A-478-03
2004 CAF 252

Tommy Hilfiger Licensing, Inc., and Tommy Hilfiger Canada Inc. (*Appellants*)

Tommy Hilfiger Licensing, Inc., et Tommy Hilfiger Canada Inc. (*appelantes*)

v.

c.

International Clothiers Inc. (*Respondent*)

International Clothiers Inc. (*intimée*)

INDEXED AS: TOMMY HILFIGER LICENSING, INC. v. INTERNATIONAL CLOTHIERS INC. (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ: TOMMY HILFIGER LICENSING, INC. c. INTERNATIONAL CLOTHIERS INC. (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Décary, Létourneau and Nadon JJ.A.—Montréal, March 10; Ottawa, June 30, 2004.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Létourneau et Nadon, J.C.A.—Montréal, 10 mars; Ottawa, 30 juin 2004.

Trade-marks — Infringement — Appeal from Federal Court decision dismissing appellants' claim for infringement of Crest Design trade-marks — Respondent purchasing shirts featuring Crest Design and shorts featuring similar crest, from suppliers, and then selling shirts, shorts although not licensed to do so — Trial Judge concluding respondent's crest design not used as trade-mark as no evidence intended to use crest design to distinguish wares, thus not infringing appellants' trade-marks — Trial Judge also concluding use of respondent's crest design as trade-mark would likely cause confusion — Meaning of words "used . . . for the purpose of distinguishing or so as to distinguish" found in definition of "trade-mark" in Trade-marks Act, s. 2 — Respondent's marks confusing with appellants' Crest Design, serving purpose of indicating origin of wares, as such used as trade-mark — Proof of intention of respondent to use mark as trade-mark or for purpose of indicating origin not necessary — In view of conclusion respondent crest design likely to cause confusion, exclusive use of appellants' Crest Design trade-marks infringed — Appeal allowed.

Marques de commerce — Contrefaçon — Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant l'allégation des appelantes relative à la contrefaçon de leurs marques-écussons — L'intimée a acheté de certains distributeurs des chemises sur lesquelles figurait les marques-écussons et des ensembles shorts portant un écusson similaire pour ensuite vendre sans licence — Le juge de première instance a conclu que l'intimée n'a pas employé son dessin d'écusson à titre de marque de commerce puisque l'intention d'employer ce dessin pour distinguer ses marchandises de celles des autres n'a pas été établi; il n'y a donc pas de contrefaçon des marques des appelantes — Le juge de première instance a aussi conclu que l'emploi du dessin de l'intimée à titre de marque de commerce causerait vraisemblablement de la confusion — Sens des mots «employée [. . .] pour distinguer, ou de façon à distinguer» que l'on retrouve dans la définition du terme «marque de commerce» à l'art. 2 de la Loi sur les marques de commerce — Les marques-écussons des appelantes parce qu'elles servaient à indiquer la provenance et étaient donc employées à titre de marque de commerce — Il n'est pas nécessaire de prouver l'intention de l'intimée d'employer sa marque à titre de marque de commerce, ou pour indiquer la provenance — Vu la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'emploi du dessin d'écusson de l'intimée causerait vraisemblablement de la confusion, les appelantes ont établi la violation de leur droit à l'emploi exclusif de leurs marques-écussons — Appel accueilli.

This was an appeal from a decision of the Federal Court dismissing the appellants' claim for infringement of their registered Crest Design trade-marks, which were used in association with clothing for men and boys. In November 1994, the respondent, a clothing retailer operating clothing stores, purchased shirts featuring the appellants' Crest Design from a supplier in Pakistan. The shirts were sold through the

Il s'agissait de l'appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant l'allégation des appelantes relative à la contrefaçon de leurs marques-écussons déposées, lesquelles ont été employées en liaison avec des vêtements pour hommes et garçons. En novembre 1994, l'intimée, qui vend des vêtements au détail et exploite des magasins, a acheté d'un distributeur au Pakistan des chemises sur lesquelles figuraient les marques-écussons

respondent's stores between February or March and September 1995 even though the respondent was not licensed to sell the appellants' wares or wares associated with the appellants' Crest Design. The appellants commenced legal proceedings in the United States in September 1995, and in the Federal Court of Canada in 1998. After the Canadian legal proceedings were commenced, the respondent purchased from a supplier in California boys' shorts sets featuring a crest similar to that of the appellants' Crest Design. These shorts sets were sold by the respondent through its stores before mid-1998. The Trial Judge concluded that the respondent had not used its crest design as a trade-mark so as to distinguish its wares from those of others, and that intent on the part of the respondent to so use its crest design could not be inferred on the basis only of the purchases. Consequently the appellants' trade-marks had not been infringed. The Trial Judge went on to determine, on the assumption that he was in error, that the use of the respondent's crest design as a trade-mark would likely cause confusion. The appellants challenged the Trial Judge's dismissal of their claim for infringement. The issue raised by the appeal concerned the meaning of the words "used . . . for the purpose of distinguishing or so as to distinguish" found in the definition of the word "trade-mark" in section 2 of the *Trade-marks Act*.

Held, the appeal should be allowed.

The Trial Judge erred in concluding that the respondent had not used its crest design mark as a trade-mark. He erred in adopting an interpretation of the statute which required proof that the user had intended to use his mark for the purpose of distinguishing his wares from those of others. Learned authors have opined that the words used in section 2 to define "trade-mark" do not lead to the conclusion that a showing of intent is necessary to a finding that a mark has been used as a trade-mark. The user's intention and public recognition are relevant considerations, and one or the other may be sufficient to demonstrate that the mark has been used as a trade-mark. The fact that the mark may have been affixed to the wares for the purpose of ornamentation is not a bar to a finding that the mark was used as a trade-mark. The respondent's crest design served the purpose of indicating origin and, consequently, was used as a trade-mark. The reasons for this conclusion were as follows. The appellants' Crest Design trade-marks had acquired distinctiveness and consequently served to indicate that the appellants were the source or origin of the articles of clothing with which the marks were associated. The respondent's crest design was very similar to that of the appellants', and it was placed in the same position on the

des appelantes. Les chemises ont été vendues par l'intermédiaire des magasins de l'intimée entre février ou mars et septembre 1995 même si elle ne possédait pas de licence pour vendre les marchandises des appelantes ou des marchandises liées aux marques des appelantes. Les appelantes ont entamé des procédures judiciaires aux États-Unis en septembre 1995 et devant la Cour fédérale du Canada en 1998. Après le début des procédures judiciaires au Canada, l'intimée a acheté à un distributeur en Californie des ensembles shorts pour garçons portant un écusson similaire à celui des marques-écussons des appelantes. Ces ensembles shorts ont été vendus par l'intimée dans ses magasins dans la première moitié de 1998. Le juge de première instance a estimé que l'intimée n'avait pas employé son dessin d'écusson à titre de marque pour distinguer ses marchandises de celles des autres, et que l'intention de l'intimée d'employer ainsi son dessin d'écusson ne pouvait s'inférer sur la seule base des achats. Conséquemment, l'intimée n'avait pas contrefait les marques des appelantes. Dans l'hypothèse où il ferait erreur, le juge de première instance a conclu que l'emploi par l'intimée de la marque-écusson à titre de marque de commerce causerait vraisemblablement de la confusion. Les appelantes ont contesté le rejet de leur allégation de contrefaçon par le juge de première instance. La question soulevée par cet appel se rapportait au sens à donner aux mots «employée [. . .] pour distinguer, ou de façon à distinguer» que l'on retrouve dans la définition du terme «marque de commerce» à l'article 2 de la *Loi sur les marques de commerce*.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

Le juge de première instance a fait erreur en concluant que l'intimée n'avait pas employé son dessin d'écusson à titre de marque de commerce. Il s'est trompé en adoptant une interprétation selon laquelle la loi requiert la preuve que l'utilisateur avait l'intention d'employer la marque pour distinguer ses marchandises de celles des autres. Selon les auteurs, les mots utilisés à l'article 2 pour définir le terme «marque de commerce» ne requièrent pas la preuve de l'intention pour conclure qu'une marque a été employée à titre de marque de commerce. L'intention de l'utilisateur et la renommée publique sont des considérations pertinentes, et l'une ou l'autre peuvent suffire à établir que la marque a été employée à titre de marque de commerce. Que la marque ait ou non figuré sur les marchandises comme motif décoratif n'empêche pas de conclure qu'elle a été employée à titre de marque de commerce. Le dessin d'écusson de l'intimée a servi à indiquer l'origine des marchandises et, en conséquence, il a été employé à titre de marque de commerce. Les motifs pour lesquels le juge arrive à cette conclusion sont les suivants. Les marques-écussons des appelantes avaient acquis un caractère distinctif, aussi ont-elles servi à indiquer que les articles de vêtements auxquels les marques étaient liées provenaient des

breasts of shirts where the Crest Design trade-marks were placed. This led the Trial Judge to conclude that the respondent's marks were confusing in that the consumer would consider that the source of the respondent's wares was the appellants and hence, the respondent's crest "served the purpose of indicating origin". Whether the respondent intended to use its mark for the purpose of indicating origin was irrelevant since, in fact, the design served that purpose. In view of the Trial Judge's conclusion that the respondent's use of its crest design as a trade-mark would likely cause confusion, the appellants succeeded in demonstrating that their exclusive use of the Crest Design trade-marks was infringed.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2 "trade-mark", "use", 4, 6, 7, 19 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 60), 20 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 196).
Trade Marks Act, 1905 (U.K.), 5 Edw. VII, c. 15, s. 3.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Meubles Domani's v. Guccio Gucci S.p.A. (1992), 43 C.P.R. (3d) 372; 160 N.R. 304 (F.C.A.); *Nicholson & Sons, Ltd.—In the Matter of an Application for the Registration of a Trade Mark by* (1931), 48 R.P.C. 227 (Ch.).

AUTHORS CITED

Fox, H. G. *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1972.
Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition, 4th ed. Toronto: Carswell, 2002.

APPEAL from a decision of the Federal Court ((2003), 29 C.P.R. (4th) 39; 239 F.T.R. 260) dismissing the appellants' claim for infringement by the respondent of their registered Crest Design trade-marks used in association with clothing for men and boys. Appeal allowed.

appelantes. Le dessin d'écusson de l'intimée était pratiquement identique à celui des appelantes, et il était placé au même endroit au niveau de la poitrine que celui apparaissant sur les chemises des appelantes. Ces faits ont permis au juge de première instance de conclure que les marques de l'intimée causaient de la confusion en ce que le consommateur considérerait que les marchandises de l'intimée provenaient des appelantes, et donc que l'écusson de l'intimée «servait à indiquer la provenance». La question de savoir si l'intimée avait l'intention d'employer sa marque pour indiquer la provenance des marchandises n'était pas pertinente puisque, dans les faits, le dessin a eu cet effet. Vu la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'emploi par l'intimée de son dessin d'écusson à titre de marque de commerce causerait vraisemblablement de la confusion, les appelantes ont réussi à établir la violation de leur droit à l'emploi exclusif des marques-écussons.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2 «marque de commerce», «emploi ou usage», 4, 6, 7, 19 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 60), 20 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 196).
Trade Marks Act, 1905 (R.-U.), 5 Edw. VII, ch. 15, art. 3.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Meubles Domani's c. Guccio Gucci S.p.A. (1992), 43 C.P.R. (3d) 372; 160 N.R. 304 (C.A.F.); *Nicholson & Sons, Ltd.—In the Matter of an Application for the Registration of a Trade Mark by* (1931), 48 R.P.C. 227 (Ch.).

DOCTRINE

Fox, H. G. *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1972.
Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition, 4th ed. Toronto: Carswell, 2002.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale ((2003), 29 C.P.R. (4th) 39; 239 F.T.R. 260) rejetant l'allégation des appelantes relative à la contrefaçon par l'intimée de leurs marques-écussons déposées, employées en liaison avec des vêtements pour hommes et garçons. Appel accueilli.

APPEARANCES:

Glen A. Bloom for appellants.
No one appearing for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Ottawa, for appellants.
Smart & Biggar, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] NADON J.A.: This is an appeal from a decision by MacKay J. of the Federal Court in *Tommy Hilfiger Licensing, Inc. v. International Clothiers Inc.* (2003), 29 C.P.R. (4th) 39, dated September 19, 2003, which allowed, in part, the appellants' statement of claim against the respondent and dismissed the latter's counterclaim.

[2] Specifically, the learned Judge: (a) affirmed the validity of the appellants' Crest Design trade-marks numbers TMA 426,595 registered April 29, 1994 and TMA 430,112, registered July 8, 1994 (the Crest Design trade-marks); (b) affirmed the appellants' copyright in the Crest Design, registration No. 448,012, registered November 29, 1995; (c) allowed the appellants' claim for infringement of copyright with respect to the respondent's sales of boys' shorts sets in 1998; (d) allowed the appellants' claim for passing off with respect to the respondent's sales of shirts in 1995 and boys' shorts sets in 1998; and (e) dismissed the appellants' claim for infringement of their registered Crest Design trade-marks.

[3] In this appeal, the appellants challenge only the dismissal of their claim for infringement of the Crest Design trade-marks. The issue raised by the appeal concerns the meaning of the words "used . . . for the purpose of distinguishing or so as to distinguish" found in the definition of the word "trade-mark" in section 2 of the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13 (the Act). More particularly, we are called upon to decide whether

ONT COMPARU:

Glen A. Bloom pour les appelantes.
Aucune comparution pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Osler, Hoskin & Harcourt s.r.l., Ottawa, pour les appelantes.
Smart & Biggar, Toronto, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE NADON, J.C.A.: Il s'agit d'un appel de la décision du juge MacKay de la Cour fédérale dans l'affaire *Tommy Hilfiger Licensing, Inc. c. International Clothiers Inc.* (2003), 29 C.P.R. (4th) 39, en date du 19 septembre 2003, laquelle a accueilli en partie la déclaration des appelantes, et a rejeté la demande reconventionnelle de l'intimée.

[2] Plus précisément, le juge a: a) confirmé la validité des marques de commerce des appelantes constituées par un dessin d'écusson (Crest Design), l'une portant le numéro TMA 426,595 et enregistrée le 29 avril 1994, et l'autre portant le numéro TMA 430,112 et enregistrée le 8 juillet 1994 (les marques-écussons); b) reconnu le droit d'auteur des appelantes sur le dessin d'écusson enregistré sous le numéro 448,012 le 29 novembre 1995; c) accueilli l'allégation de violation du droit d'auteur des appelantes en ce qui concerne les ventes par l'intimée d'ensembles shorts pour garçons en 1998; d) accueilli l'allégation de commercialisation trompeuse des appelantes en ce qui concerne les ventes par l'intimée de chemises en 1995 et celles d'ensembles shorts pour garçons en 1998; e) rejeté l'allégation des appelantes relative à la contrefaçon de leurs marques-écussons déposées.

[3] Dans le cadre du présent appel, les appelantes ne remettent en question que le rejet de leur allégation de contrefaçon des marques-écussons. La question soulevée par cet appel se rapporte au sens à donner aux mots «employée [. . .] pour distinguer, ou de façon à distinguer» que l'on retrouve dans la définition du terme «marque de commerce» à l'article 2 de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13 (la Loi).

the respondent used its crest design mark as a trade-mark so as to attract, pursuant to section 20 [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 196] of the Act, a conclusion of infringement.

The Relevant Legislation

[4] Sections 2, 4, 6, 7, 19 [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 60] and 20 of the Act are relevant to this appeal and I hereby reproduce them:

2. . . .

“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 by others,

...

“use”, in relation to a trade-mark, means any use that by section 4 is deemed to be a use in association with wares or services;

...

4. (1) A trade-mark is deemed to be used in association with wares if, at the time of the transfer of the property in or possession of the wares, in the normal course of trade, it is marked on the wares themselves or on the packages in which they are distributed or it is in any other manner so associated with the wares that notice of the association is then given to the person to whom the property or possession is transferred.

(2) A trade-mark is deemed to be used in association with services if it is used or displayed in the performance or advertising of those services.

(3) A trade-mark that is marked in Canada on wares or on the packages in which they are contained is, when the wares are exported from Canada, deemed to be used in Canada in association with those wares.

...

Plus précisément, la Cour doit décider si l'intimée a employé son dessin d'écusson comme marque de commerce de manière à faire conclure, en vertu de l'article 20 [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 196] de la Loi, qu'il y a contrefaçon.

La législation pertinente

[4] Les articles 2, 4, 6, 7, 19 [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 60] et 20 de la Loi, pertinents au regard du présent appel, sont rédigés comme suit:

2. [. . .]

«emploi» ou «usage» À l'égard d'une marque de commerce, tout emploi qui, selon l'article 4, est réputé un emploi en liaison avec des marchandises ou services.

[. . .]

«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, données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par d'autres;

[. . .]

4. (1) Une marque de commerce est réputée employée en liaison avec des marchandises si, lors du transfert de la propriété ou de la possession de ces marchandises, dans la pratique normale du commerce, elle est apposée sur les marchandises mêmes ou sur les colis dans lesquels ces marchandises sont distribuées, ou si elle est, de toute autre manière, liée aux marchandises à tel point qu'avis de liaison est alors donné à la personne à qui la propriété ou possession est transférée.

(2) Une marque de commerce est réputée employée en liaison avec des services si elle est employée ou montrée dans l'exécution ou l'annonce de ces services.

(3) Une marque de commerce mise au Canada sur des marchandises ou sur les colis qui les contiennent est réputée, quand ces marchandises sont exportées du Canada, être employée dans ce pays en liaison avec ces marchandises.

[. . .]

6. (1) For the purposes of this Act, a trade-mark or trade-name is confusing with another trade-mark or trade-name if the use of the first mentioned trade-mark or trade-name would cause confusion with the last mentioned trade-mark or trade-name in the manner and circumstances described in this section.

(2) The use of a trade-mark causes confusion with another trade-mark if the use of both trade-marks in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with those trade-marks are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class.

(3) The use of a trade-mark causes confusion with a trade-name if the use of both the trade-mark and trade-name in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with the trade-mark and those associated with the business carried on under the trade-name are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class.

(4) The use of a trade-name causes confusion with a trade-mark if the use of both the trade-name and trade-mark in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with the business carried on under the trade-name and those associated with the trade-mark are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class.

(5) In determining whether trade-marks or trade-names are confusing, the court or the Registrar, as the case may be, shall have regard to all the surrounding circumstances including

- (a) the inherent distinctiveness of the trade-marks or trade-names and the extent to which they have become known;
- (b) the length of time the trade-marks or trade-names have been in use;
- (c) the nature of the wares, services or business;
- (d) the nature of the trade; and

6. (1) Pour l'application de la présente loi, une marque de commerce ou un nom commercial crée de la confusion avec une autre marque de commerce ou un autre nom commercial si l'emploi de la marque de commerce ou du nom commercial en premier lieu mentionnés cause de la confusion avec la marque de commerce ou le nom commercial en dernier lieu mentionnés, de la manière et dans les circonstances décrites au présent article.

(2) L'emploi d'une marque de commerce crée de la confusion avec une autre marque de commerce lorsque l'emploi des deux marques de commerce dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à ces marques de commerce sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à ces marques sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou ces services soient ou non de la même catégorie générale.

(3) L'emploi d'une marque de commerce crée de la confusion avec un nom commercial, lorsque l'emploi des deux dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à cette marque et les marchandises liées à l'entreprise poursuivie sous ce nom sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à cette marque et les services liés à l'entreprise poursuivie sous ce nom sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou services soient ou non de la même catégorie générale.

(4) L'emploi d'un nom commercial crée de la confusion avec une marque de commerce, lorsque l'emploi des deux dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à l'entreprise poursuivie sous ce nom et les marchandises liées à cette marque sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à l'entreprise poursuivie sous ce nom et les services liés à cette marque sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou services soient ou non de la même catégorie générale.

(5) En décidant si des marques de commerce ou des noms commerciaux créent de la confusion, le tribunal ou le registraire, selon le cas, tient compte de toutes les circonstances de l'espèce, y compris:

- a) le caractère distinctif inhérent des marques de commerce ou noms commerciaux, et la mesure dans laquelle ils sont devenus connus;
- b) la période pendant laquelle les marques de commerce ou noms commerciaux ont été en usage;
- c) le genre de marchandises, services ou entreprises;
- d) la nature du commerce;

(e) the degree of resemblance between the trade-marks or trade-names in appearance or sound or in the ideas suggested by them.

7. No person shall

(a) make a false or misleading statement tending to discredit the business, wares or services of a competitor;

(b) direct public attention to his wares, services or business in such a way as to cause or be likely to cause confusion in Canada, at the time he commenced so to direct attention to them, between his wares, services or business and the wares, services or business of another;

(c) pass off other wares or services as and for those ordered or requested;

(d) make use, in association with wares or services, of any description that is false in a material respect and likely to mislead the public as to

(i) the character, quality, quantity or composition,

(ii) the geographical origin, or

(iii) the mode of the manufacture, production or performance

of the wares or services; or

(e) do any other act or adopt any other business practice contrary to honest industrial or commercial usage in Canada

...

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.

20. (1) The right of the owner of a registered trade-mark to its exclusive use shall be deemed to be infringed by a person not entitled to its use under this Act who sells, distributes or advertises wares or services in association with a confusing trade-mark or trade-name, but no registration of a trade-mark prevents a person from making

(a) any *bona fide* use of his personal name as a trade-name, or

e) le degré de ressemblance entre les marques de commerce ou les noms commerciaux dans la présentation ou le son, ou dans les idées qu'ils suggèrent.

7. Nul ne peut:

a) faire une déclaration fautive ou trompeuse tendant à discréditer l'entreprise, les marchandises ou les services d'un concurrent;

b) appeler l'attention du public sur ses marchandises, ses services ou son entreprise de manière à causer ou à vraisemblablement causer de la confusion au Canada, lorsqu'il a commencé à y appeler ainsi l'attention, entre ses marchandises, ses services ou son entreprise et ceux d'un autre;

c) faire passer d'autres marchandises ou services pour ceux qui sont commandés ou demandés;

d) utiliser, en liaison avec des marchandises ou services, une désignation qui est fautive sous un rapport essentiel et de nature à tromper le public en ce qui regarde:

(i) soit leurs caractéristiques, leur qualité, quantité ou composition,

(ii) soit leur origine géographique,

(iii) soit leur mode de fabrication, de production ou d'exécution;

e) faire un autre acte ou adopter une autre méthode d'affaires contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada.

[...]

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.

20. (1) Le droit du propriétaire d'une marque de commerce déposée à l'emploi exclusif de cette dernière est réputé être violé par une personne non admise à l'employer selon la présente loi et qui vend, distribue ou annonce des marchandises ou services en liaison avec une marque de commerce ou un nom commercial créant de la confusion. Toutefois, aucun enregistrement d'une marque de commerce ne peut empêcher une personne:

a) d'utiliser de bonne foi son nom personnel comme nom commercial;

(b) any *bona fide* use, other than as a trade-mark,

- (i) of the geographical name of his place of business, or
- (ii) of any accurate description of the character or quality of his wares or services,

in such a manner as is not likely to have the effect of depreciating the value of the goodwill attaching to the trade-mark.

(2) No registration of a trade-mark prevents a person from making any use of any of the indications mentioned in subsection 11.18(3) in association with a wine or any of the indications mentioned in subsection 11.18(4) in association with a spirit. [Emphasis added.]

Background

[5] The facts are clearly and thoroughly set out by MacKay J. in his reasons. I will therefore limit my review thereof to those facts necessary to make these reasons intelligible.

[6] The appellant Tommy Hilfiger Licensing, Inc. (THLI) owns all of the intellectual property rights at issue. The other appellant, Tommy Hilfiger Canada Inc. (THC), under license from THLI, distributes and sells articles of clothing in association with THLI's trade-marks, including the Crest Design trade-marks for use in association with clothing for men and boys, namely shirts, sweaters, sport coats, pants, shorts, sport jackets, parkas, overcoats and turtlenecks (TMA 426,595) and for use in association with hats, caps, blazers, bathing suits, sweatshirts and socks (TMA 430,112).

[7] In January 1990, THC began selling articles of clothing, including shirts, featuring the appellants' Crest Design, for delivery to retail customers in Canada. The appellants effected some of the sales through their own stores, but primarily through major department stores or other retailers who met their standards in quality, price and presentation. Many of the stores selling the appellants' garments also used special fixtures or signs arranged with or by the appellants, featuring the Crest Design trade-marks.

b) d'employer de bonne foi, autrement qu'à titre de marque de commerce:

- (i) soit le nom géographique de son siège d'affaires,
- (ii) soit toute description exacte du genre ou de la qualité de ses marchandises ou services,

d'une manière non susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à la marque de commerce.

(2) L'enregistrement d'une marque de commerce n'a pas pour effet d'empêcher une personne d'utiliser les indications mentionnées au paragraphe 11.18(3) en liaison avec un vin ou les indications mentionnées au paragraphe 11.18(4) en liaison avec un spiritueux. [Le souligné est le mien.]

Contexte

[5] Les faits sont clairement et exhaustivement énoncés dans les motifs du juge MacKay. Je limiterai donc mon examen aux faits qui sont nécessaires à la compréhension des présents motifs.

[6] L'appelante Tommy Hilfiger Licensing, Inc. (THLI) détient tous les droits de propriété intellectuelle en litige. L'autre appelante, Tommy Hilfiger Canada Inc. (THC), titulaire d'une licence concédée par THLI, distribue et vend des articles vestimentaires en liaison avec les marques de THLI, dont les marques-écussons pour un emploi en liaison avec les vêtements pour hommes et garçons, nommément chemises, chandails, manteaux sport, pantalons, shorts, vestons sport, parkas, pardessus et cols roulés (TMA 426,595) et pour un emploi en liaison avec les chapeaux, casquettes, blazers, maillots de bain, pulls d'entraînement et chaussettes (TMA 430,112).

[7] En janvier 1990, THC a commencé à vendre des articles vestimentaires, dont des chemises, affichant le dessin d'écusson des appelantes et destinées aux consommateurs au détail canadiens. Les appelantes ont conclu certaines ventes à partir de leurs propres magasins, mais principalement par l'intermédiaire de grands magasins à rayons ou d'autres détaillants qui répondaient à leurs normes de qualité, de prix et de présentation. Plusieurs magasins vendant des vêtements provenant des appelantes ont également employé des affiches ou accessoires spéciaux faits par ou pour les

[8] During the period 1990 to 1993, approximately 50% of THC's articles of clothing featured the Crest Design trade-marks. For the periods 1994 to 1996 and 1997 to 2000, approximately 35% and 20% of THC's clothing featured the Crest Design trade-marks.

[9] The appellants' Crest Design trade-marks are depicted as follows:



[10] The respondent is a clothing retailer operating retail clothing stores under the trade-name "International Clothiers" and various other names and is the owner of the trade-mark "Garage U.S.A.". It is not licensed to sell the appellants' wares or wares associated with the appellants' trade-marks.

[11] The clothing sold by the respondent through its retail stores is trendy, up-to-date, fashionable clothing, which the respondent purchases from manufacturers who supply the clothing at the respondent's direction. Further, the respondent purchases stock lots of clothing, i.e. lots available whenever manufacturers' arrangements for sale to third parties have not materialized.

[12] I should point out here, as the Trial Judge does in paragraph 21 of his reasons, that THLI found out in early 1994 that shirts, currently under manufacture in Pakistan, featured the appellants' Crest Design and bore price tickets for Wal-Mart. As a result of this information, THLI and Tommy Hilfiger U.S.A., Inc. commenced legal proceedings in the United States against Wal-Mart, seeking and obtaining, *inter alia*, a preliminary injunction restraining the sale of the Wal-Mart shirts. Prior to trial, the parties arrived at a confidential

appelantes et sur lesquelles figuraient les marques-écussons.

[8] Entre 1990 et 1993, les marques-écussons figuraient sur environ 50 % des articles vestimentaires de THC. Entre 1994 et 1996, les marques-écussons figuraient sur environ 35 % des vêtements THC alors qu'entre 1997 et 2000 la proportion était d'environ 20 %.

[9] Voici le dessin des marques-écussons des appelantes:



[10] L'intimée vend des vêtements au détail et exploite plusieurs magasins dans ce secteur d'activité sous le nom de «International Clothiers» et sous d'autres noms. Elle détient la marque «Garage U.S.A.». Elle ne possède pas de licence pour vendre les marchandises des appelantes ou encore des marchandises qui sont liées aux marques des appelantes.

[11] Les vêtements vendus par l'intimée dans ses magasins au détail sont des vêtements à la mode acheté à des fabricants qui lui fournissent des vêtements sur demande. De plus, l'intimée achète des lots de vêtements, à savoir des lots disponibles lorsque les ententes avec les fabricants pour la vente à des tierces parties ne se concrétisent pas.

[12] À ce stade, signalons, comme l'a fait le juge de première instance au paragraphe 21 de ses motifs, que THLI a découvert au début de l'année 1994 que des chemises actuellement fabriquées au Pakistan portaient le dessin d'écusson des appelantes ainsi que des étiquettes de prix Wal-Mart. À la suite de cette découverte, THLI et Tommy Hilfiger U.S.A., Inc. ont entamé des procédures judiciaires aux États-Unis à l'encontre de Wal-Mart: elles ont obtenu, entre autres, une injonction préliminaire restreignant la vente des

settlement and a permanent injunction was issued, on consent, by the Federal Court for the Southern District of New York against further sales of the shirts by Wal-Mart.

[13] In November 1994, the respondent purchased the shirts originally destined for Wal-Mart. The shirts bore a label marked "Ash Creek", known as a Wal-Mart label to Ms. Claire Oziel, an employee of the respondent, whose duties included that of purchasing the shirts. The respondent made arrangements for the "Ash Creek" labels to be cut out and for labels and hang tags bearing its trade-mark "Garage U.S.A." to be affixed to the shirts. The shirts were received by the respondent early in 1995 and were sold through its International Clothiers stores between February or March and September 1995.

[14] In April 1995, THLI's U.S. attorneys sent the respondent a cease-and-desist letter, alleging that the shirts imported from Pakistan infringed THLI's trade-mark rights and demanding that the respondent immediately stop selling the shirts. Counsel for the respondent replied, *inter alia*, that the shirts had been innocently purchased, that no other shirts bearing the Crest Design trade-marks would be reordered, and that any possibility of confusion had been avoided by the prominent display of the trade-mark "Garage U.S.A."

[15] In June 1995, a second cease-and-desist letter was sent to the respondent, who replied that the remaining inventory was *de minimus* and that it would be shortly depleted. In September 1995, the appellants filed their statement of claim.

[16] In 1998, after the appellants had commenced their legal proceedings in the Federal Court of Canada, the respondent purchased from a supplier located in the state of California boys' shorts sets featuring a crest similar to that of the appellants' Crest Design trade-marks. These shorts sets were sold by the respondent through its retail stores before mid-1998.

[17] The crest design marks appearing on the respondent's shirts and boys' shorts sets are as follows:

chemises Wal-Mart. Avant le procès, les parties ont conclu un règlement confidentiel et la Federal Court for the Southern District of New York a délivré sur consentement une injonction permanente interdisant les ventes futures des chemises par Wal-Mart.

[13] En novembre 1994, l'intimée a acheté les chemises destinées au départ à Wal-Mart. Ces chemises portaient une étiquette marquée «Ash Creek», étiquette de Wal-Mart selon M^{me} Claire Oziel, une employée de l'intimée dont les tâches comprenaient celle d'acheter les chemises. L'intimée a pris des dispositions pour remplacer les étiquettes «Ash Creek» par des étiquettes portant la marque «Garage U.S.A.». Les chemises ont été reçues par l'intimée au début de 1995 et ont été vendues par l'intermédiaire des magasins International Clothiers entre février ou mars et septembre 1995.

[14] En avril 1995, les avocats américains de THLI ont envoyé à l'intimée une mise en demeure alléguant que les chemises importées du Pakistan violaient les droits de THLI en matière de marque de commerce, et exigeant que l'intimée mette fin immédiatement à la vente de ces chemises. L'avocat de l'intimée a répondu, entre autres, que les chemises avaient été achetées sans intention malicieuse, qu'aucune autre chemise portant les marques-écussons ne seraient commandées, et que tout risque de confusion avait été évité par l'étiquetage bien apparent de la marque «Garage U.S.A.».

[15] En juin 1995, une seconde mise en demeure a été envoyée à l'intimée, qui a répondu que les stocks restants étaient très limités et qu'ils seraient bientôt épuisés. En septembre 1995, les appelantes ont produit leur déclaration.

[16] En 1998, après que les appelantes eurent introduit leur poursuite en Cour fédérale du Canada, l'intimée a acheté à un distributeur situé en Californie des ensembles shorts portant un écusson similaire à celui des marques-écussons des appelantes. Ces ensembles shorts pour garçons ont été vendus par l'intimée dans ses magasins au détail dans la première moitié de 1998.

[17] Les marques consistant en des dessins d'écusson et apparaissant sur les chemises et ensembles shorts pour garçons de l'intimée sont reproduites ci-dessous:



(Shirts)



(Boys' shorts sets)



(chemises)



(ensembles shorts pour garçons)

The Trial Decision

[18] I now turn to the subject-matter of this appeal, i.e. the findings made by MacKay J. in respect of the appellants' claim for infringement of the trade-marks and the conclusion which he reached as a result of these findings. Prior to his determination of the appellants' claim for infringement, the Trial Judge dealt with the respondent's defence and counterclaim to the effect that the appellants' Crest Design trade-marks had not been validly registered because they had not been used to distinguish the appellants' wares from those of others.

[19] The Trial Judge had no difficulty concluding that the appellants' trade-marks had acquired distinctiveness through continual and extensive use. Hence, at paragraph 33 of his reasons, he dismissed the respondent's counterclaim in the following terms:

Thus, I am not persuaded that the plaintiffs' Crest Design trade-marks were invalidly registered or had lost distinctiveness when the validity of their registration was questioned by the defence and counterclaim of INC. [International Clothiers Inc.]. In the result, that counterclaim is to be dismissed.

[20] The Trial Judge then turned his attention to the appellants' claim for infringement. Firstly, he opined that before a finding of infringement could be made against the respondent, pursuant to sections 19 and 20 of the Act, it had to be shown that the respondent had used its crest as a trade-mark, i.e. "for the purpose of distinguishing or so as to distinguish" its wares from those of others.

La décision de première instance

[18] J'aborderai maintenant l'objet du présent appel, soit les conclusions tirées par le juge MacKay quant à l'allégation de contrefaçon des marques des appelantes et la conclusion à laquelle il est arrivé à la suite de son raisonnement. Avant de trancher cette question, le juge de première instance a traité de la défense de l'intimée de même que de sa demande reconventionnelle portant que les marques-écussons des appelantes n'ont pas été valablement enregistrées du fait qu'elles n'ont pas été employées pour distinguer leurs marchandises de celles des autres.

[19] Le juge de première instance n'a pas eu de difficultés à conclure que les marques des appelantes avaient acquis un caractère distinctif grâce à leur emploi prolongé et continu. Ainsi, au paragraphe 33 de ses motifs, il a rejeté la demande reconventionnelle de l'intimée dans les termes suivants:

Par conséquent, je ne suis pas convaincu que les marques de commerce relatives au dessin d'écusson des demandereses ont été enregistrées de manière invalide ou avaient perdu leur caractère distinctif lorsque la validité de leur enregistrement a été mise en doute par la défense et la demande reconventionnelle d'INC [International Clothiers Inc.]. En conséquence, cette demande reconventionnelle doit être rejetée.

[20] Le juge de première instance s'est ensuite penché sur l'allégation de contrefaçon des appelantes. Premièrement, il était d'avis que, avant de conclure à une contrefaçon de la part de l'intimée suivant les articles 19 et 20 de la Loi, il fallait démontrer que l'intimée avait employé son écusson à titre de marque de commerce, à savoir «pour distinguer ses marchandises de celles des autres».

[21] The Trial Judge then found that there was no evidence to the effect that the respondent had used its crest design as a trade-mark so as to distinguish its wares from those of others. Specifically, he found that other than the fact that the shirts purchased for sale in November 1994 and the boys' shorts sets purchased in 1998 featured a crest design similar to that of the appellants' Crest Design trade-marks, there was no evidence supporting the view that the respondent had used its mark as a trade-mark. In his view, intent on the part of the respondent to so use its crest design could not be inferred on the basis only of the purchases.

[22] The fact that the respondent had no involvement in the creation or the design of the men's shirts or of the crest featured on these shirts, and the fact that the respondent had arranged for the supplier of the shirts to have labels and hang tags marked with its trade-mark "Garage U.S.A.", in lieu of the Wal-Mart label "Ash Creek", were found to be relevant considerations by the Trial Judge.

[23] All of this led the Trial Judge to conclude that the crests featured on the shirts and boys' shorts sets were not included on the garments and were not used for sale "for the purpose of distinguishing them from the wares of others" (paragraph 40 of his reasons). As a result, he concluded that the respondent's crest design had not been used as a trade-mark. His findings and conclusions are clearly set out at paragraphs 36-40 of his reasons, where he states:

The defendant further urges that it did not infringe the plaintiffs' interests under ss. 19 or 20 because it did not use its crest as a trade-mark; rather, the crest was mere ornamentation on INC's wares. This was not a use, the defendant says, as defined in the Act, by ss. 2 and 4, that is, the crest was not on its wares as a trade-mark, it was not intended to distinguish the defendant's wares from those of others. Use of the crest as a trade-mark by INC must be established for there to be infringement under both ss. 19 and 20 (see *Cie Générale des Établissements Michelin-Michelin & Cie v. C.A.W.-Canada* (1996), 71 C.P.R. (3d) 348 (F.C.T.D.), at pp. 357-362 per Teitelbaum J.).

[21] Le juge de première instance a estimé que rien n'indiquait que l'intimée avait employé son dessin d'écusson à titre de marque pour distinguer ses marchandises de celles des autres. En particulier, il a décidé que hormis le fait que les chemises achetées aux fins de vente en novembre 1994 et les ensembles shorts pour garçons achetés en 1998 portaient un dessin d'écusson similaire aux marques des appelantes, aucune preuve n'établissait que l'intimée avait employé sa marque à titre de marque de commerce. À son avis, l'intention de l'intimée d'employer ainsi son dessin d'écusson ne pouvait s'inférer sur la seule base des achats.

[22] Selon le juge de première instance, il importait de considérer le fait que l'intimée n'avait pas participé à la création ou à la conception des chemises pour hommes ou de l'écusson apparaissant sur ces chemises, et le fait que l'intimée avait pris des dispositions pour que le fournisseur de chemises appose les étiquettes portant la marque «Garage U.S.A.» au lieu de l'étiquette Wal-Mart «Ash Creek».

[23] Tout cela a amené le juge de première instance à conclure que les écussons figurant sur les chemises et les ensembles shorts pour garçons n'ont pas été apposés sur les vêtements et n'ont pas été employés «pour distinguer [ses marchandises] de celles d'autres commerçants» (paragraphe 40 de ses motifs). Conséquemment, il a conclu que le dessin d'écusson de l'intimée n'avait pas été employé à titre de marque de commerce. Ses conclusions sont clairement énoncées aux paragraphes 36 à 40 de ses motifs:

La défenderesse ajoute qu'elle n'a pas porté atteinte aux droits des demanderessees qui découlent de l'article 19 ou 20, parce qu'elle n'a pas utilisé son écusson comme marque de commerce, mais plutôt comme un simple élément décoratif sur ses marchandises. De l'avis de la défenderesse, il ne s'agissait pas d'une utilisation visée par les art. 2 et 4 de la Loi, c'est-à-dire que l'écusson ne figurait pas sur ses marchandises comme marque de commerce et qu'il n'était pas destiné à faire la distinction entre les marchandises de la défenderesse et celles des autres. Pour qu'il y ait contrefaçon en vertu des art. 19 et 20, il est nécessaire de prouver qu'INC a employé l'écusson comme marque de commerce (voir *Cie Générale des Établissements Michelin-Michelin & Cie c. T.C.A.-Canada* (1996), 71 C.P.R. (3d) 348 (C.F. 1^{re} inst.), aux p. 357 à 362, décision du juge Teitelbaum).

Section 20 of the Act provides that infringement of a registered trade-mark shall be deemed to occur where “a person not entitled to its use . . . sells, distributes or advertises wares or services in association with a confusing trade-mark or trade-name” (with certain exceptions not here applicable). For that section to apply the defendant INC must have used its crest, said to be confusing with the registered mark, as a trade-mark, that is, used it as a mark for the purpose of distinguishing or so as to distinguish INC’s wares from those sold . . . by others” (the Act, s. 2 so defines a trade-mark).

In my opinion there is no evidence that INC used its crest design as a trade-mark, to distinguish its wares from those of others. Any conclusion that they intended the design to be a trade-mark can only be inferred from the facts that both the shirts purchased for sale in 1995 and the short sets purchased in 1998 had a crest design similar to that used by the plaintiffs on generally similar articles of men’s shirts and boys’ short sets. That inference is not supported by other considerations.

By the Amended Agreed Statement of Facts INC was not involved in the creation or design of the men’s shirts or of the embroidered crest, and it arranged for the supplier to have labels and hang tags marked with INC’s own trade-mark GARAGE U.S.A. applied to the shirts after the trade-name owned by Wal-Mart was removed. No marks, other than the crest, comparable to other marks of the plaintiffs’ were used by the defendant. There is no evidence that any other wares sold by INC, apart from the two lots, of shirts and short sets, had embroidered or fixed upon them the Crest Design of the plaintiffs or a crest design that might be considered to be confusing with that used by the plaintiffs.

I conclude that the crests appearing on the shirts and short sets here in issue were not included on those wares and were not used in sale of those wares by INC for the purpose of distinguishing them from the wares of others. The marks were not used by the defendant as trade-marks. [Emphasis added.]

[24] Consequently, since the respondent had not used its crest design as a trade-mark, MacKay J. concluded that the appellants’ trade-marks had not been infringed. Notwithstanding that conclusion, he went on to

L’article 20 de la Loi prévoit que la contrefaçon d’une marque de commerce déposée est réputée survenir lorsqu’une «personne non admise à l’employer [. . .] vend, distribue ou annonce des marchandises ou services en liaison avec une marque de commerce ou un nom commercial créant de la confusion» (sous réserve de certaines exceptions qui ne s’appliquent pas en l’espèce). Pour que cette disposition s’applique, la défenderesse INC doit avoir employé son écusson, lequel créerait apparemment de la confusion avec la marque déposée, à titre de marque de commerce, c’est-à-dire à titre de marque pour «distinguer ou de façon à distinguer les marchandises d’INC de celles vendues [. . .] par d’autres» (définition de la marque de commerce énoncée à l’art. 2 de la Loi).

À mon avis, il n’est pas établi que la société INC a employé son dessin d’écusson comme marque de commerce pour distinguer ses marchandises de celles des autres. Toute conclusion selon laquelle elle voulait que le dessin soit une marque de commerce ne peut être déduite que du fait que tant les chemises achetées à des fins de vente en 1995 que les ensembles shorts achetés en 1998 comportaient un dessin d’écusson similaire à celui qu’employaient les demanderessees sur des chemises pour hommes et ensembles shorts pour garçons généralement similaires. Cette déduction n’est pas appuyée par d’autres facteurs.

Selon l’exposé conjoint des faits modifié, INC n’a pas participé à la création ou à la conception des chemises pour hommes ou de l’écusson brodé et elle a demandé au fournisseur de faire apposer des étiquettes comportant sa propre marque de commerce GARAGE U.S.A. après le retrait du nom commercial appartenant à Wal-Mart. La défenderesse n’a utilisé aucune marque comparable à d’autres marques des demanderessees, à l’exception de l’écusson. Aucun élément de preuve n’indique que le dessin d’écusson des demanderessees ou un dessin d’écusson pouvant être considéré comme un dessin prêtant à confusion avec celui-ci n’a été brodé ou apposé sur d’autres marchandises vendues par INC, exception faite des deux lots de chemises et d’ensembles shorts.

J’en conclus que les écussons figurant sur les chemises et ensembles shorts en litige ne faisaient pas partie de ces marchandises et que la défenderesse INC ne s’en est pas servie dans le cadre de la vente desdites marchandises pour distinguer celles-ci de celles d’autres commerçants. La défenderesse n’a pas employé les marques à titre de marques de commerce. [Non souligné dans l’original.]

[24] En conséquence, puisque l’intimée n’avait pas employé son dessin d’écusson à titre de marque de commerce, le juge MacKay a conclu qu’elle n’avait pas contrefait les marques des appelantes. Dans l’hypothèse

determine, on the assumption that he was in error in respect thereto and hence that the respondent had used its crest design as a trade-mark, whether the use of the crest design mark on the shirts and the boys' shorts sets by the respondent would lead to confusion with the appellants' trade-marks.

[25] After a careful review of all of the surrounding circumstances, including those set out in paragraph (a) to (e) of subsection 6(5) of the Act, the Trial Judge made a number of findings that led him to conclude that the use of the respondent's crest design as a trade-mark would likely cause confusion, namely:

1. By November 1994, when the respondent purchased the Wal-Mart shirts, the appellants' Crest Design trade-marks had acquired distinctiveness through continuous use in the marketplace for at least 10 years.

2. The crest design featured on the shirts and on the boys' shorts sets purchased for sale by the respondent was similar to that of the appellants' Crest Design trade-marks, differing only in minor details.

3. The nature of the wares associated with the crest designs of both the appellants and the respondent were generally similar, and the parties were engaged in a single trade, i.e. the sale of men's and boys' clothing.

4. A consumer in the marketplace, aware of the appellants' trade-marks, but remembering them with less than precision, would find the two marks confusing in that he would initially believe that the wares were from the same source or supplier, i.e. the appellants.

[26] At paragraph 45 of his reasons, he formulates his conclusion in the following terms:

I repeat my conclusion that in light of all the circumstances, if the defendant's use of its crest design was as a trade-mark in relation to the shirts and short sets, that use would have created the likelihood of confusion in the mind of the consumer, who was aware of the plaintiffs' Crest Design trade-mark but remembered it imprecisely. In my opinion that consumer

toutefois où il ferait erreur sur ces points, le juge de première instance s'est demandé si l'emploi par l'intimée de la marque-écusson sur des chemises et des ensembles shorts pour garçons causerait de la confusion avec les marques des appelantes.

[25] Après un examen minutieux des circonstances de l'espèce, dont celles énoncées aux alinéas 6(5)a) à 6(5)e) de la Loi, le juge de première instance a tiré un certain nombre de conclusions qui l'ont mené à trancher que l'emploi par l'intimée du dessin d'écusson à titre de marque de commerce causerait vraisemblablement de la confusion pour les raisons suivantes:

1. En novembre 1994, lorsque l'intimée a acheté les chemises Wal-Mart, les marques-écussons des appelantes avaient acquis un caractère distinctif de par leur usage continu sur le marché depuis au moins 10 ans.

2. À quelques détails près, le dessin d'écusson figurant sur les chemises et ensembles shorts pour garçons achetés aux fins de vente par l'intimée était similaire à celui des marques-écussons des appelantes.

3. La nature des marchandises portant les dessins d'écusson des appelantes et de l'intimée était similaire pour l'essentiel, et les parties exploitaient un seul et même commerce, à savoir la vente de vêtements pour hommes et garçons.

4. Un consommateur connaissant les marques des appelantes, mais s'en souvenant avec peu de précision, considérerait que les deux marques créent de la confusion parce qu'il aurait l'impression initiale que les marchandises proviennent de la même source ou du même fournisseur, à savoir les appelantes.

[26] Au paragraphe 45 de ses motifs, le juge de première instance formule ainsi sa conclusion:

Comme je l'ai mentionné plus haut, eu égard à l'ensemble des circonstances, si la défenderesse a utilisé son dessin d'écusson comme marque de commerce à l'égard des chemises et ensembles shorts, cet emploi aurait créé un risque de confusion dans l'esprit du consommateur qui connaissait la marque de commerce correspondant au dessin d'écusson des

would, at least initially, consider that the wares of the defendant came from the same source as those of the plaintiffs. [Emphasis added.]

[27] The Trial Judge also concluded that the appellants had succeeded in demonstrating that the respondent was in breach of paragraph 7(b) of the Act, i.e. that the respondent had directed public attention to its wares, services or business, in such a way as to cause or be likely to cause confusion in Canada in 1996 and 1998, between its wares, services or business and those of the appellants. In reaching that conclusion, the Trial Judge, at paragraph 51 of his reasons, made the following remarks:

Further, in my opinion, the defendant, by a crest design generally similar to the Crest Design of the plaintiffs on polo shirts acquired and sold in 1995, and similar to the plaintiffs' registered Crest Design trade-mark on short sets acquired and sold in 1998, was likely to cause confusion in the mind of the consumer in the marketplace who was aware of the plaintiffs' Crest Design trade-mark but remembered it imprecisely. That opinion, I reach for the reasons set out earlier in considering the likelihood of confusion in relation to alleged infringement under s. 20.

[28] As appears clearly from the above passage, the Trial Judge was of the view that the crest appearing on the respondent's shirts and boys' shorts sets would likely cause confusion in the mind of the consumer.

[29] I must point out that the respondent did not participate in this appeal and, hence, offered no contestation. Thus, the Trial Judge's conclusion regarding the likelihood of confusion has not been challenged.

The Appellants' Submission

[30] The appellants submit that the Trial Judge erred in concluding that the respondent did not use its Crest Design mark on its shirts and boys' shorts sets as a trade-mark. They say that he erred in the following way:

(1) in finding that the respondent did not infringe their trade-marks because it did not intend to use its crest

demandresses, mais ne se la rappelait pas de manière précise. À mon avis, le consommateur croirait, du moins dans un premier temps, que les marchandises de la défenderesse proviennent de la même source que celles des demandresses. [Non souligné dans l'original.]

[27] Le juge de première instance a également conclu que les appelantes avaient réussi à établir que l'intimée contrevenait à l'alinéa 7b) de la Loi en ce que l'intimée, entre 1996 et 1998, avait appelé l'attention du public sur ses marchandises, ses services ou son entreprise de manière à causer ou à vraisemblablement causer de la confusion au Canada entre ses marchandises, ses services ou son commerce et ceux des appelantes. En tirant cette conclusion, le juge de première instance a formulé les remarques suivantes au paragraphe 51 de ses motifs:

De plus, en utilisant un dessin d'écusson semblable de façon générale à celui des demandresses sur les polos acquis et vendus en 1996 et semblable au dessin d'écusson enregistré des demandresses sur les ensembles shorts acquis et vendus en 1998, la défenderesse a agi d'une manière susceptible de créer de la confusion dans l'esprit du consommateur qui connaissait le dessin de l'écusson des demandresses, mais se le rappelait de façon imprécise. Je suis de cet avis pour les motifs exposés plus haut au sujet du risque de confusion concernant l'allégation de contrefaçon au sens de l'art. 20.

[28] Comme il ressort clairement du passage précité, le juge de première instance était d'avis que l'écusson apparaissant sur les chemises et ensembles shorts pour garçons de l'intimée causerait vraisemblablement de la confusion dans l'esprit du consommateur.

[29] Je dois souligner que l'intimée n'a pas participé au présent appel, et n'a donc pas présenté de contestation. Ainsi la décision du juge de première instance quant au risque de confusion n'a pas été contestée.

La prétention des appelantes

[30] Les appelantes soutiennent que le juge de première instance a fait erreur en concluant que l'intimée n'a pas employé son dessin d'écusson sur ses chemises et ensembles shorts à titre de marque de commerce. Elles affirment que le juge de première instance s'est trompé:

1) en considérant que l'intimée n'a pas contrefait les marques de commerce des appelantes parce qu'elle

design mark as a trade-mark, i.e. for the purpose of distinguishing its wares from those of others;

(2) in finding that the respondent's crest design mark was not used in the sale of shirts and boys' shorts sets for the purpose of distinguishing them from the wares of others.

[31] The thrust of the appellants' contention is set out at paragraphs 28-30 of their memorandum of fact and law:

28. The words "for the purpose of distinguishing" are not to be used synonymously with the expression "with the intention". Even if a mark is used for an aesthetic or decorative purpose and the mark becomes recognized as indicating origin, the mark has been used for the purpose of distinguishing. . . .

29. In determining whether a mark is used as a "trade-mark", the message conveyed to the public by the use of a mark is more important than the apparent intent of the user. A court determines the message conveyed to the public from the context in which the mark is used. . . .

30. For a mark to be used "so as to distinguish" the user's wares from those of others, all that is required is that the mark actually distinguish the user's wares or serve so as to denote the origin of the wares, regardless of the user's intent.

Analysis

[32] For the reasons that follow, I would allow this appeal. In my opinion, the Trial Judge erred in concluding that the respondent had not used its crest design mark as a trade-mark.

[33] Relying on the definition of the word "trade-mark" found in section 2 of the Act, and on sections 19 and 20, the appellants claim that the respondent infringed their trade-marks. In section 2 of the Act, the word "trade-mark" is defined as a mark used by a person "for the purpose of distinguishing or so as to distinguish" the wares sold by that person from those sold by others. Section 19 confers upon the owner of a

n'avait pas l'intention d'employer son dessin d'écusson à titre de marque de commerce, soit pour distinguer ses marchandises de celles des autres;

2) en considérant que l'intimée n'a pas employé son dessin d'écusson aux fins de vente de chemises et ensembles shorts pour garçons pour distinguer ses marchandises de celles des autres.

[31] La prétention des appelantes repose essentiellement sur les paragraphes 28 à 30 de leur exposé des faits et du droit:

[TRADUCTION] 28. L'expression «pour distinguer» ne signifie pas «avec l'intention de distinguer». Même si une marque est employée pour décorer ou enjoliver des marchandises, et qu'elle est considérée comme indiquant la provenance de celles-ci, elle est employée pour distinguer ces marchandises de celles des autres. [. . .]

29. Pour décider si une marque est employée comme «marque de commerce», le message transmis au public par l'emploi de la marque est plus important que l'intention apparente de l'utilisateur. C'est le contexte dans lequel s'inscrit l'emploi de la marque qui permet au tribunal de décider quel est le message transmis au public [. . .]

30. Pour qu'une marque soit employée «de façon à» les marchandises de l'utilisateur de celles des autres, il suffit que la marque distingue dans les faits les marchandises de l'utilisateur, ou qu'elle serve à indiquer la provenance des marchandises, et ce sans égard à l'intention de l'utilisateur.

Analyse

[32] Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais le présent appel. À mon avis, le juge de première instance s'est trompé en concluant que l'intimée n'avait pas employé son dessin d'écusson à titre de marque de commerce.

[33] Se fondant sur les articles 19 et 20 et sur la définition du terme «marque de commerce» à l'article 2 de la Loi, les appelantes prétendent que l'intimée a contrefait leurs marques de commerce. À l'article 2 de la Loi, le terme «marque de commerce» est défini comme une marque employée par une personne «pour distinguer, ou de façon à distinguer» les marchandises vendues par elle des marchandises vendues par d'autres. L'article 19

trade-mark the exclusive right to its use in Canada in relation to the wares in respect of which the trade-mark has been registered. As to section 20, it provides that the owner's right to the exclusive use of his trade-mark will be deemed to have been infringed when a person, not entitled to its use, sells, distributes or advertises wares in association with a confusing trade-mark.

[34] The only issue before us in this appeal is whether the respondent used its crest design "for the purpose of distinguishing" its shirts and boys' shorts sets "or so as to distinguish" them from those of others. In my view, the answer to that question must be an affirmative one.

[35] In *Meubles Domani's v. Guccio Gucci S.p.A.* (1992), 43 C.P.R. (3d) 372 (F.C.A.), at page 379, this Court endorsed the point of view found in Fox on *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1972, at page 22, that in determining whether a mark has been used as a trade-mark, the user's intention and public recognition are relevant considerations, and that one or the other may be sufficient to demonstrate that the mark has been used as a trade-mark.

[36] The learned authors of *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*, 4th ed., Toronto: Carswell, 2002, at pages 3-12, 3-13 and 3-14, express that point of view in the following terms:

(ii) "*For the Purpose of Distinguishing*"

The words "for the purpose" in the s. 2 definition of "trade-mark" are not to be read as necessarily synonymous under all conditions with the expression "with the intention". This was pointed out by Romer L.J. in *Nicholson's Application* where he observed that if a manufacturer uses a mark in association with his goods for merely aesthetic or decorative motives, or for warehouse purposes, and the mark comes to be recognized by the public as indicating origin, then the mark has been used in such a way as to have served the purpose of indicating origin and comes within the definition.

confère au propriétaire d'une marque de commerce le droit exclusif à l'emploi de celle-ci dans tout le Canada en ce qui concerne les marchandises pour lesquelles la marque a été déposée. L'article 20 prévoit que le droit du propriétaire d'une marque de commerce déposée à l'emploi exclusif de cette dernière est réputé être violé par une personne non admise à l'employer et qui vend, distribue ou annonce des marchandises en liaison avec une marque de commerce créant de la confusion.

[34] La seule question en litige dans le cadre du présent appel est de savoir si l'intimée emploie son dessin d'écusson «pour distinguer» ses chemises et ensembles shorts pour garçons ou «de façon à distinguer» ces marchandises de celles des autres. Selon moi, on doit répondre à cette question par l'affirmative.

[35] Dans la décision *Meubles Domani's c. Guccio Gucci S.p.A.* (1992), 43 C.P.R. (3d) 372 (C.A.F.), à la page 379, la Cour a adopté la position élaborée dans Fox *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3^e éd., Toronto: Carswell, 1972, à la page 22, soit qu'en décidant si une marque a été employée à titre de marque de commerce, l'intention de l'utilisateur et la renommée publique sont des considérations pertinentes, et que l'une ou l'autre pouvait suffire à établir que la marque a été employée à titre de marque de commerce.

[36] Les auteurs de *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*, 4^e éd., Toronto: Carswell, 2002 énoncent ainsi leur point de vue aux pages 3-12, 3-13 et 3-14:

[TRADUCTION]

ii) «*Pour distinguer*»

Les mots «pour distinguer» qu'on retrouve dans la définition du terme «marque de commerce» de l'article 2 ne signifient pas nécessairement, en toutes circonstances, «avec l'intention de distinguer». Le lord-juge Romer a fait ce constat dans la décision *Nicholson's Application* où il a indiqué que, si un fabricant emploie une marque en liaison avec ses marchandises dans un but purement esthétique ou décoratif, ou encore dans un but d'entreposage, et que la marque finie par être reconnue par le public comme indiquant l'origine des marchandises, alors la marque a été employée d'une telle façon qu'elle a servi à indiquer l'origine de celles-ci et, conséquemment, elle tombe sous le coup de la définition.

It will be seen at a later stage that, although different results will flow from the choice of words used in the new definition than from those used in the earlier legislation, the function of a trade-mark, in the sense of its purpose, remains the same, namely, that of distinguishing certain things for which the trade-mark owner is responsible from those for which he is not responsible. The mode of action by which a trade-mark may fulfil that purpose was, however, changed by the new definition of the 1953 Act so that a trade-mark need now be examined as to its innate quality only at, and subsequent to, the opposition stage. At the application stage its status as a trade-mark depends only upon the purpose or the result of its use as a question of fact, or in other words, upon intention or recognition.

(iii) “*So as to Distinguish*”

The nature of the use sufficient to fulfill the definition of a trade-mark is not to be considered in any restrictive sense. Both the intention of the user and recognition by the public are relevant facts and either may be sufficient to show that there has been trade-mark use: it is not necessary that there should be both, but at least one must be present. This is inherent in the use of the disjunctive in the definition of a trade-mark, that it is used “for the purpose of distinguishing or so as to distinguish”. Nor does the use of the words “for the purpose” imply that any deliberate resolution to that effect on the part of the user of the mark is contemplated. It is enough if in practice the mark has been used as to denote the origin of the goods. It is not essential to prove in addition that the market has accepted it as a distinguishing mark, it is the adoption by a trader for the purpose of distinguishing his/her goods that is the governing factor.

The intention of the user, that is, the purpose of use, is, under the *Trade-marks Act*, sufficient to cause a word or other mark to become a trade-mark. This is inherent in the first part of the definition contained in s. 2. But such intention is not, of itself, sufficient to make such a trade-mark a registrable trade-mark or one that is subject to protection. The intention of the owner to use a mark as a trade-mark will be registrable only if it meets the tests provided in the various sections of the statute. If it does not, then one turns to the second part of the definition to ascertain whether the mark has been used “so as to distinguish” its owner’s wares or services from those of other traders. That is to say, if the trade-mark is denied registrability by virtue of its character, a factual inquiry becomes necessary in order to ascertain whether the trade-mark actually distinguishes or, in other words, to determine whether it has acquired distinctiveness in fact. This is a necessary inquiry not only for registrability, but also for validity under the statute and, in addition, for protectability of an unregistered

Nous verrons plus tard que, même si des conséquences différentes découlent du choix de mots privilégiés dans la nouvelle définition par opposition à l’ancienne, l’objet, la fin recherchée d’une marque de commerce demeure identique, à savoir distinguer certaines choses, dont le propriétaire d’une marque a la charge, d’un certain nombre d’autres, dont il n’a pas la charge. La façon dont l’objet d’une marque peut être atteint a toutefois été modifiée par la nouvelle définition prévue par la loi de 1953, laquelle exige maintenant que l’on examine la qualité inhérente d’une marque seulement à partir du stade de l’opposition. Au stade de la demande, la nature d’une marque dépend uniquement de son objet ou de la conséquence de son emploi comme question de fait ou, en d’autres mots, de l’intention ou de la reconnaissance.

iii) «*De façon à distinguer*»

Le type d’emploi suffisant pour répondre aux prescriptions de la définition d’une marque de commerce ne doit pas être interprété strictement. À la fois l’intention de l’utilisateur et la renommée publique sont des considérations pertinentes, mais il suffit de prouver une seule de ces considérations pour établir que la marque a été employée à titre de marque de commerce. Cette affirmation découle directement de l’utilisation du «ou» disjonctif dans la définition du terme «marque de commerce», définition qui porte que la marque est employée «pour distinguer ou de façon à distinguer». Par ailleurs, l’utilisation du mot «pour» ne suppose pas une volonté délibérée de la part de l’utilisateur de la marque. En pratique, il suffit que la marque soit employée de façon à indiquer l’origine des marchandises. Il n’est pas essentiel de prouver au surplus que le caractère distinctif de la marque est accepté commercialement; le facteur déterminant est l’adoption de la marque par le commerçant pour distinguer ses marchandises de celles des autres.

Sous le régime de la *Loi sur les marques de commerce*, l’intention de l’utilisateur, c’est-à-dire le but de l’utilisation, suffit à faire en sorte qu’un mot ou une autre marque devienne une marque de commerce. Cela découle directement de la première partie de la définition contenue à l’article 2. Mais une telle intention n’est pas en soi suffisante pour rendre enregistrable une marque de commerce ou pour la protéger. L’intention du propriétaire d’employer une marque à titre de marque de commerce la rendra enregistrable seulement si la marque remplit les critères prévus dans les différentes dispositions de la loi. Si la marque ne remplit pas ces critères, alors il devient nécessaire de s’intéresser à la seconde partie de la définition pour déterminer la marque a été employée «de façon à distinguer» ses marchandises ou services de ceux des autres commerçants. Cela signifie que, si l’on refuse l’enregistrabilité d’une marque en raison de sa nature, une enquête factuelle sera nécessaire pour déterminer si la marque se distingue en fait ou, en d’autres mots, si la marque a

mark at common law. [Footnotes omitted; emphasis added.]

[37] In addition to their view that intention on the part of the user and public recognition are to be considered, the learned authors of the 4th edition of *Foxa*, also opine that the words used in section 2 to define “trade-mark” do not lead to the conclusion that a showing of intent is necessary to a finding that a mark has been used as a trade-mark. For that proposition, the authors rely on the words of Romer L.J. in *Nicholson & Sons, Ltd.—In the Matter of an Application for the Registration of a Trade Mark by* (1931), 48 R.P.C. 227 (Ch.), at page 260, where Lord Justice Romer, in interpreting section 3 of the *English Trade Marks Act, 1905* [(U.K.), 5 Edw. VII, c. 15] makes the following remarks:

The next contention on the part of the Respondents is as to the meaning of the words “in use as a trade-mark.” They say that in order to constitute user of a trade mark two things must exist concurrently, namely, (1) the intention of the proprietor of the mark to indicate by its use the origin of the goods upon or in connection with which it is used; (2) recognition of the mark as indicating origin on the part of that section of the public with whom the proprietor deals. Now I do not doubt that for the purpose of ascertaining the nature of the user of a mark one may legitimately take into consideration both the intention of the owner of the mark and the effect that the user has had upon the public, and the absence of both intention and public recognition would render it difficult, if not impossible, to treat the user as being user as a trade mark. But I can see no reason whatever for regarding both intention and recognition by the public as essential conditions of such a user. If a trader uses a mark upon or in connection with his goods with the intention of indicating their origin, surely he is using it as a trade mark from the moment of the first user, which will probably be many months before the public has come to recognise the mark as indicating origin. If public recognition be a requisite of user as a trade mark, the proprietor must necessarily remain in ignorance of whether he is or is not using a trade mark until by some means or another he has ascertained the views of the public upon the matter. How he is to do this has not been explained to me and I do not know. But it is quite clear that he can never ascertain when the public first regarded the mark as indicating origin, and must ever be unable to answer the question, “When did you first use the mark as a

effectivement acquis un caractère distinctif. Cette enquête est nécessaire non seulement quant à l’enregistrabilité, mais également pour apprécier la validité au titre de la loi et, de plus, pour protéger une marque non enregistrée en common law. [Notes infrapaginales omises. Non souligné dans l’original.]

[37] En plus de leur opinion selon laquelle l’intention de l’utilisateur et la reconnaissance publique sont des facteurs à considérer, les auteurs de la 4^e édition de *Fox*, sont aussi d’avis que les mots utilisés à l’article 2 pour définir le terme «marque de commerce» ne requièrent pas la preuve de l’intention pour conclure qu’une marque a été employée à titre de marque de commerce. Pour appuyer leur position, les auteurs se reportent aux propos de lord juge Romer de la décision *Nicholson & Sons Ltd.—In the Matter of an Application for the Registration of a Trade Mark by* (1931), 48 R.P.C. 227 (Ch.), à la page 260, où il interprète l’article 3 de la *Trade Marks Act, 1905* [(R.-U.), 5 Edw. VII, ch. 15] britannique de la façon suivante:

[TRADUCTION] L’argument suivant des intimés a trait au sens à donner aux mots «employé à titre de marque de commerce». Les intimés affirment que, pour être en présence d’un usage d’une marque de commerce, deux éléments doivent coexister: 1) l’intention du propriétaire de la marque d’indiquer l’origine des marchandises sur lesquelles ou en liaison avec lesquelles la marque est employée; 2) la reconnaissance que la marque indique l’origine des marchandises pour la partie du public avec laquelle le propriétaire fait affaire. Pour ma part, je ne doute pas que, pour déterminer le type d’usage d’une marque, il faille légitimement prendre en considération à la fois l’intention du propriétaire de la marque et l’effet qu’a eu l’usage sur le public; en l’absence d’intention et de reconnaissance publique, il serait difficile, sinon impossible, de considérer l’usage comme un usage d’une marque de commerce. Mais je ne vois aucun motif de quelque nature que ce soit pour considérer à la fois l’intention et la reconnaissance publique comme des conditions essentielles à la reconnaissance d’un tel usage. Si un commerçant emploie une marque sur ses marchandises ou en liaison avec ses marchandises en ayant l’intention d’en indiquer l’origine, assurément il emploie sa marque à titre de marque de commerce dès ce premier usage, lequel a lieu probablement plusieurs mois avant que le public ait reconnu que la marque indique l’origine des marchandises. Si la reconnaissance publique est une exigence pour que l’on constate l’existence d’un usage d’une marque de commerce, le propriétaire doit nécessairement demeurer dans l’ignorance quant à savoir s’il emploie ou non une marque de commerce jusqu’à ce que, par

trade mark?”. In my opinion, a trader is at any rate using a mark as a trade mark when he first uses it upon or in connection with his goods with the intention of indicating origin, assuming of course that it is a mark capable of so doing. In other words, intention without recognition is enough. But is public recognition without intention enough? Supposing a manufacturer, for merely aesthetic or decorative motives, or merely warehouse purposes, uses a mark on or in connection with his goods, and such mark comes to be recognised by the public as indicating origin, has the mark been used as a trade mark? I can see no reason for thinking that it has not. It is said that in such a case the mark does not come within the definition of a trade mark in Section 3 of the Trade Marks Act which, so far as material, is in these words: “A mark used upon or in connection with goods for the purpose of indicating that they are the goods of the proprietor of such trade mark by virtue of manufacture.” But I do not read the words “for the purpose” as necessarily meaning “with the intention.” Where, as in the case I have supposed, the mark has been used in such a way as to have served the purpose of indicating origin, it seems to me to come within the definition. [Emphasis added.]

[38] In view of the Trial Judge’s finding that the respondent did not intend to use its crest design as a trade-mark, the question then boils down to whether the respondent’s mark served the purpose of indicating origin. As Romer L.J. clearly explains in his reasons in *Nicholson’s Application*, the fact that the mark may have been affixed to the wares for the purpose of ornamentation is not a bar to a finding that the mark was used as a trade-mark.

[39] The Trial Judge concluded that there was no evidence to support the appellants’ contention that the

un moyen ou par un autre, il puisse vérifier l’opinion publique sur cette question. La façon dont il peut arriver à ce résultat ne m’a pas été expliquée, et j’avoue mon ignorance sur ce point. Mais il est assez évident qu’il ne peut jamais déterminer le moment où le public a, pour la première fois, considéré sa marque comme indiquant l’origine des marchandises; en effet, il ne pourra jamais répondre à la question suivante: «Quand avez-vous, pour la première fois, employé la marque à titre de marque de commerce?» À mon avis, un commerçant emploie, dans une certaine mesure, une marque à titre de marque de commerce lorsqu’il emploie, pour la première fois, cette marque sur ses marchandises ou en liaison avec ses marchandises avec l’intention d’en indiquer l’origine, en supposant, bien sûr, qu’il s’agisse d’une marque pouvant indiquer cette origine. En d’autres mots, l’intention sans la reconnaissance suffit. Mais, la reconnaissance publique sans intention peut-elle suffire? Supposons un fabricant, qui pour des raisons purement esthétiques ou décoratives, ou uniquement pour des raisons d’entreposage emploie une marque sur ses marchandises ou en liaison avec ses marchandises, et qu’en plus pareille marque acquiert la reconnaissance publique pour indiquer l’origine des marchandises, dans ce cas, la marque a-t-elle été employée à titre de marque de commerce? Je ne vois aucune raison de conclure par la négative. On dit que, dans une telle situation, la marque n’est pas visée par la définition du terme «marque de commerce» de l’article 3 de la Loi sur les marques de commerce, dont le passage pertinent est libellé comme suit: «Une marque employée sur des marchandises ou en liaison avec des marchandises pour indiquer qu’elles sont celles du propriétaire d’une telle marque du fait de l’origine de leur fabrication.» À mon sens, le mot «pour» n’a pas nécessairement le sens de «avec l’intention». La définition englobe la situation où la marque a été employée, comme dans l’hypothèse invoquée, d’une telle façon qu’elle a servi à indiquer l’origine des marchandises. [Non souligné dans l’original.]

[38] Considérant la conclusion du juge de première instance selon laquelle l’intimée n’a pas cherché à employer son dessin d’écusson à titre de marque de commerce, il reste à trancher si la marque de l’intimée sert à indiquer l’origine des marchandises. Comme l’a bien expliqué le lord juge Romer dans les motifs de la décision *Nicholson’s Application*, le fait que la marque figure sur les marchandises comme motif décoratif n’empêche pas de conclure que la marque a été employée à titre de marque de commerce.

[39] Le juge de première instance a décidé qu’il n’y avait pas de preuve à l’appui de la prétention des

respondent had used its crest design as a trade-mark. After noting in paragraph 36 of his reasons that the respondent had taken the position that its crest was simply ornamentation on its wares, the Trial Judge, in paragraph 39 of his reasons, explained why he was satisfied that the respondent had not intended to use its crest design as a trade-mark. For ease of reference, I again reproduce paragraph 39:

By the Amended Agreed Statement of Facts INC was not involved in the creation or design of the men's shirts or of the embroidered crest, and it arranged for the supplier to have labels and hang tags marked with INC's own trade-mark GARAGE U.S.A. applied to the shirts after the trade-name owned by Wal-Mart was removed. No marks, other than the crest, comparable to other marks of the plaintiffs' were used by the defendant. There is no evidence that any other wares sold by INC, apart from the two lots, of shirts and short sets, had embroidered or fixed upon them the Crest Design of the plaintiffs or a crest design that might be considered to be confusing with that used by the plaintiffs.

[40] In my opinion, the Trial Judge erred in adopting an interpretation of the statute which required proof that the user had intended to use his mark for the purpose of distinguishing his wares from those of others. With the greatest of respect, it appears to me that the Trial Judge clearly failed to address what, in my view, was the crucial question, i.e. whether, irrespective of its intentions, the respondent had used its crest so as to denote the origin of the shirts and boys' shorts sets, or used the crest in such a way as to have served the purpose of indicating origin. In my view, there cannot be much doubt that the respondent's crest design did serve the purpose of indicating origin and, consequently, was used as a trade-mark. My reasons for this conclusion are the following.

[41] One must necessarily begin with the fact that, as the Trial Judge found, the appellants' Crest Design trade-marks had by November 1994 and early 1995 acquired distinctiveness by reason of their continuous use in the marketplace for at least 10 years. Consequently, the trade-marks served to indicate to consumers that the appellants were the source or origin of the articles of clothing with which the marks were associated.

appelantes selon laquelle l'intimée avait employé son dessin d'écusson à titre de marque de commerce. Après avoir relevé au paragraphe 36 de ses motifs que l'intimée soutenait que l'écusson n'était qu'un élément décoratif sur ses marchandises, le juge de première instance a expliqué au paragraphe 39 pourquoi il était convaincu que l'intimée n'entendait pas employer son dessin d'écusson à titre de marque de commerce. Par souci de commodité, je cite de nouveau le paragraphe 39:

Selon l'exposé conjoint des faits modifié, INC n'a pas participé à la création ou à la conception des chemises pour hommes ou de l'écusson brodé et elle a demandé au fournisseur de faire apposer des étiquettes comportant sa propre marque de commerce GARAGE U.S.A. après le retrait du nom commercial appartenant à Wal-Mart. La défenderesse n'a utilisé aucune marque comparable à d'autres marques des demanderesse, à l'exception de l'écusson. Aucun élément de preuve n'indique que le dessin d'écusson des demanderesse ou un dessin d'écusson pouvant être considéré comme un dessin prêtant à confusion avec celui-ci n'a été brodé ou apposé sur d'autres marchandises vendues par INC, exception faite des deux lots de chemises et d'ensembles shorts.

[40] À mon avis, le juge de première instance s'est trompé en adoptant l'interprétation selon laquelle la loi requiert la preuve que l'utilisateur avait l'intention d'employer la marque pour distinguer ses marchandises de celles des autres. En toute déférence, je crois que le juge de première instance a manifestement omis de se poser la question essentielle, à savoir si, quelles qu'aient été ses intentions, l'intimée a employé l'écusson pour indiquer l'origine des chemises et ensembles shorts pour garçons ou de façon à indiquer l'origine des marchandises. À mon avis, il est fort à penser que le dessin d'écusson de l'intimée a effectivement servi à indiquer l'origine des marchandises et que, en conséquence, le dessin a été employé à titre de marque de commerce. Les motifs pour lesquels j'arrive à cette conclusion sont les suivants.

[41] Il faut d'abord mentionner que, comme l'a constaté le juge de première instance, déjà en novembre 1994 et au début de 1995 les marques-écussons des appelantes avaient acquis un caractère distinctif en raison de leur usage continu sur le marché pendant au moins 10 ans. Aussi les marques de commerce ont-elles servi à indiquer aux consommateurs que les articles vestimentaires auxquels les marques étaient liées provenaient des appelantes.

[42] As the Trial Judge also found, the crest design featured on the respondent's shirts and boys' shorts sets, save for minor details, was very similar to the appellants' Crest Design trade-marks. Further, the respondent's crest design, as affixed to its shirts, was placed in the same position on the breast of the shirts where the Crest Design trade-marks were placed on the appellants' shirts. In that respect, there was evidence before the Trial Judge that the respondent was aware of the common practice of affixing a logo on the breast of a shirt or a sweater, independently of a brand-name, for the purpose of indicating the source of a garment.

[43] As I indicated earlier, these facts led the Trial Judge to conclude that the consumer would find the appellants' and the respondent's marks confusing in that he would consider that the source of the respondent's wares was the appellants and hence, in the words of Romer L.J., the respondent's crest "served the purpose of indicating origin", i.e. served the purpose of indicating that the appellants were the source of the shirts and the boys' shorts sets with which the respondent's crest design was associated.

[44] Therefore, the Trial Judge's finding of confusion constitutes a finding that the respondent's crest design would be recognized by the public as an indication that the garments associated with the design were those of the appellants. This is so obviously the case that the Trial Judge easily came to the conclusion that the respondent was in breach of paragraph 7(b) of the Act, i.e. that the respondent had passed off its wares as those of the appellants in that it had directed public attention to its wares by the use of its crest design, in such a way as to likely cause confusion in Canada between its wares and those of the appellants. Consequently, in the circumstances of this case, whether the respondent intended to use its mark for the purpose of indicating origin is irrelevant, since, in fact, the design served that purpose.

[45] In view of the Trial Judge's conclusion that the respondent's use of its crest design as a trade-mark would likely cause confusion, there can be no question

[42] Comme l'a également constaté le juge de première instance, à quelques menus détails près, le dessin d'écusson apparaissant sur les chemises et ensembles shorts pour garçons de l'intimée était pratiquement identique à celui des marques des appelantes. De plus, le dessin d'écusson de l'intimée apparaissant sur les chemises était placé au même endroit au niveau de la poitrine que celui apparaissant sur les chemises des appelantes. À cet égard, preuve a été faite devant le juge de première instance que l'intimée connaissait la pratique générale d'apposer un logo au niveau de la poitrine sur une chemise ou un pull dans l'intention d'identifier la provenance d'un vêtement et ce, indépendamment de la marque en cause.

[43] Comme il a été indiqué plus tôt, ces faits ont permis au juge de première instance de conclure que les marques des appelantes et de l'intimée causeraient de la confusion auprès du consommateur en ce que celui-ci considérerait que les marchandises de l'intimée provenaient des appelantes et donc, pour reprendre les mots du lord juge Romer, que l'écusson de l'intimée [TRADUCTION] «servait à indiquer la provenance», à savoir indiquer que les chemises et les ensembles shorts pour garçons auxquels l'écusson de l'intimée était associé provenaient des appelantes.

[44] En conséquence, le constat de confusion du juge de première instance signifie que le dessin d'écusson de l'intimée serait considéré par le public comme une indication que les vêtements associés au dessin sont ceux des appelantes. Ce constat est si patent que le juge de première instance a facilement conclu que l'intimée contrevenait à l'alinéa 7b) de la Loi, en ce qu'elle a fait passer ses marchandises pour celles des appelantes en appelant l'attention du public par l'emploi du dessin d'écusson de manière à vraisemblablement causer de la confusion au Canada entre ses marchandises et celles des appelantes. Aussi, en l'espèce, la question de savoir si l'intimée avait l'intention d'employer sa marque pour indiquer la provenance des marchandises n'est pas pertinente puisque, dans les faits, le dessin a eu cet effet.

[45] Vu la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'emploi par l'intimée de son dessin d'écusson à titre de marque de commerce causerait

that the appellants have succeeded in demonstrating that their exclusive use of the Crest Design trade-marks was infringed.

Disposition

[46] As a result, I would allow this appeal, I would set aside the order of MacKay J. dated September 19, 2003 to the extent that he dismissed the appellants' claim for infringement of their Crest Design trade-marks and, rendering the judgment which the learned Judge ought to have rendered, I would declare that the respondent infringed the appellants' Crest Design trade-marks.

[47] With respect to costs, we were advised prior to the hearing that in view of the respondent's decision not to offer any contestation to the appellants' appeal, the appellants would not be seeking costs. Hence, I would make no order as to costs.

DÉCARY J.A.: I agree.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

vraisemblablement de la confusion, les appelantes ont réussi à établir la violation de leur droit à l'emploi exclusif des marques-écussons.

Disposition

[46] En conséquence, j'accueillerais le présent appel, j'annulerais l'ordonnance du juge MacKay, en date du 19 septembre 2003, rejetant l'allégation des appelantes quant à la contrefaçon de leurs marques-écussons et, rendant le jugement qu'il aurait dû rendre, je déclarerais que l'intimée a contrefait les marques-écussons des appelantes.

[47] Pour ce qui est des dépens, la Cour a été informée avant l'audience que, vu la décision de l'intimée de ne pas contester l'appel des appelantes, celles-ci ne solliciteraient pas de dépens. En conséquence, je n'accorderais pas de dépens.

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

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

A-597-03
2004 FCA 212

A-597-03
2004 CAF 212

Bachan Singh Sogi (*Appellant*)

v.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

INDEXED AS: SOGI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.A.)

Federal Court of Appeal, Strayer, Rothstein and Malone JJ.A.—Toronto, April 28; Ottawa, May 28, 2004.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Immigration Inquiry Process — Appellant alleged member of terrorist organization — Minister applying for non-disclosure of certain information — Immigration Division determining information relevant to appellant's admissibility, disclosure would be injurious to national security, safety of any person — Appellant provided only with summary of information — Federal Court Judge confirming information not to be disclosed but may be considered by Court — Under IRPA procedure (ss. 44, 86, 87), Federal Court Immigration and Refugee Protection Rules, Federal Court judge having opportunity to review propriety of keeping information confidential — IRPA procedure in accordance with principles of fundamental justice.

Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Immigration Division determining appellant inadmissible under Immigration and Refugee Protection Act, s. 34(1)(f) on ground member of terrorist organization — In reviewing inadmissibility decision, Federal Court Judge correctly applied pragmatic, functional approach to determine review should be conducted on correctness basis — Factors established by S.C.C. in determining appropriate standard of review considered — Proper standard of review on question of whether relevant information should be disclosed to affected individual correctness — Federal Court judge making own assessment of whether disclosure of confidential information would be injurious to national security, safety of any person — Reviewing correctness of Immigration Division decision rather than making initial decision.

Bachan Singh Sogi (*appellant*)

c.

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

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

Cour d'appel fédérale, juges Strayer, Rothstein et Malone, J.C.A.—Toronto, 28 avril; Ottawa, 28 mai 2004.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — L'appellant appartiendrait à une organisation terroriste — Le ministre a demandé la non-divulgence de certains renseignements — La Section de l'immigration a conclu que les renseignements étaient pertinents quant à l'admissibilité de l'appelant et que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui — L'appelant n'a reçu qu'un résumé des renseignements — Un juge de la Cour fédérale a confirmé que les renseignements ne devaient pas être divulgués, mais que la Cour pouvait en tenir compte — Selon la procédure de la LIPR (art. 44, 86 et 87) et les Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration et de protection des réfugiés, un juge de la Cour fédérale peut décider si le maintien de la confidentialité des renseignements est bien fondé — Le processus de la LIPR est conforme aux principes de justice fondamentale.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — La Section de l'immigration a conclu que l'appelant était interdit de territoire en vertu de l'art. 34(1)f) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés parce qu'il appartenait à une organisation terroriste — Lorsqu'il a révisé la décision portant interdiction de territoire, le juge de la Cour fédérale a eu raison d'appliquer la méthode pragmatique et fonctionnelle pour conclure que la norme de la décision correcte devrait s'appliquer à ce contrôle — Examen des facteurs que la C.S.C. a établis pour déterminer la norme de contrôle applicable — La norme de contrôle applicable à la question de savoir si les renseignements pertinents devraient être divulgués à la personne concernée est celle de la décision correcte — Le juge de la Cour fédérale fait sa propre appréciation en ce qui a trait à la question de savoir si la divulgation des renseignements confidentiels porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui — Dans ce contexte, il est appelé à examiner le bien-

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—In making admissibility decision, Immigration Division may take into account security intelligence information without disclosing it to affected individual—Whether procedure contrary to Charter, s. 7—Federal Court Judge determining information relevant to issues before Court, disclosure injurious to national security—Finding Immigration Division correctly ordered non-disclosure open to Federal Court Judge, should not be disturbed on appeal—IRPA procedure constitutional, in accordance with principles of fundamental justice as sufficiently similar to procedure under former Act and upheld in Ahani v. Canada (F.C.A.)—No violation of s. 7.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing an application for judicial review of a determination by a member of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board that the applicant was inadmissible to Canada on security grounds. The appellant arrived in Canada from India in May 2001 and made a claim for refugee protection. When informed that the appellant was a member of an organization that there are reasonable grounds to believe has engaged or will engage in acts of terrorism, the Minister of Citizenship and Immigration referred the matter to the Immigration Division for an admissibility hearing. Upon application by the Minister for non-disclosure of certain information, the Immigration Division determined that the information was relevant to the appellant's admissibility and that its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person. The appellant was only provided with a summary of the information. The Immigration Division member also determined that the appellant was inadmissible, pursuant to paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), on the ground that he was a member of a terrorist organization, the Babbar Khalsa International. The appellant's application for judicial review of that decision was dismissed by MacKay J. of the Federal Court.

Subsection 44(2) permits the Minister to refer an immigration officer's report to the Immigration Division for an admissibility hearing. Under section 86 the Minister may apply for non-disclosure of information during such a hearing and the application shall be determined in accordance with section 78. Section 78 provides that if the Immigration Division is of the opinion that disclosure of the information would be

fondé de la décision de la Section de l'immigration plutôt qu'à prendre une décision initiale.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Dans le cadre d'une décision portant sur l'admissibilité, la Section de l'immigration peut tenir compte des renseignements en matière de sécurité sans les divulguer à la personne concernée — Il s'agit de savoir si le processus contrevient à l'art. 7 de la Charte — Un juge de la Cour fédérale a conclu que les renseignements étaient pertinents quant aux questions que la Cour devait trancher et que la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale — Il était loisible au juge de la Cour fédérale de conclure que la Section de l'immigration a eu raison d'interdire la non-divulgation et cette conclusion ne devrait pas être modifiée en appel — Le processus de la LIPR est constitutionnel et conforme aux principes de justice fondamentale parce qu'il est suffisamment semblable au processus de l'ancienne Loi, dont la validité a été confirmée dans Ahani c. Canada (C.A.F.) — Aucune violation de l'art. 7.

Il s'agissait d'un appel portant sur le rejet par la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire relative à une décision par laquelle un membre de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le demandeur était interdit de territoire au Canada pour raison de sécurité. L'appelant est un ressortissant de l'Inde qui est arrivé au Canada en mai 2001 et a présenté une demande d'asile. Lorsqu'il a été informé que l'appelant était membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'actes de terrorisme, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a déferé le cas à la Section de l'immigration pour enquête. Saisie d'une demande du ministre en vue d'interdire la communication de certains renseignements, la Section de l'immigration a conclu que les renseignements étaient pertinents quant à l'admissibilité de l'appelant et que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui. L'appelant n'a obtenu qu'un résumé des renseignements. Le membre de la Section de l'immigration a également conclu que l'appelant était interdit de territoire, conformément à l'alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), parce qu'il appartenait à une organisation terroriste, le Babbar Khalsa International. Le juge MacKay, de la Cour fédérale, a rejeté la demande de contrôle judiciaire que l'appelant avait présentée à l'encontre de cette décision.

Le paragraphe 44(2) permet au ministre de déferer un rapport d'un agent d'immigration à la Section de l'immigration pour enquête. L'article 86 dispose que le ministre peut, au cours de cette enquête, demander l'interdiction de la divulgation des renseignements et que la demande est tranchée conformément à l'article 78. L'article 78 prévoit que la Section de l'immigration est tenue de garantir la confidentialité des

injurious to national security or to the safety of any person, it shall ensure the confidentiality of the information. Paragraph 78(g) points out that such information may be considered by the Immigration Division even though it is not disclosed to the affected individual. The latter is provided with a summary of the information under paragraph 78(h), but that summary does not include any information that the member considers would, if disclosed, be injurious to national security or to the safety of any person. The Immigration Division's decision is subject to judicial review whereas the Minister may apply for continued non-disclosure of information pursuant to section 87. Section 78 again applies. This procedure is referred to as the IRPA procedure. MacKay J. compared the IRPA procedure to the security certificate procedure set out in sections 77 and 78 which the parties accepted was analogous to the procedure under section 40.1 of the former *Immigration Act*. He held that the IRPA procedure did not contravene the principles of fundamental justice, for the same reasons that it was held that the former section 40.1 did not do so in *Ahani v. Canada*. The following question was certified for appeal: does the procedure pursuant to subsection 44(2) and sections 86, 87 of the *Immigration and Refugee Protection Act* engage section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and if so, is any deprivation of liberty and security of person contrary to the principles of fundamental justice?

Held, the appeal should be dismissed and the certified question answered in the negative.

The appellant's first argument was that the differences between the IRPA procedure and the procedure under the former Act are sufficiently significant to distinguish this case from *Ahani*. The appellant also argued that a member of the Immigration Division has neither the expertise nor the institutional independence to weigh the interests of the public in keeping national security information confidential against an affected individual's interest in knowing the case to be met. The Court rejected both arguments. As long as the availability of judicial review provides the appellant with an opportunity to have a Federal Court judge decide the propriety of keeping the information confidential, the IRPA procedure is in accordance with the principles of fundamental justice. Under the IRPA procedure and the *Federal Court Immigration and Refugee Protection Rules*, the Federal Court judge hearing a judicial review involving a confidentiality order made by an Immigration Division member will have an opportunity to review the confidential information and *in camera* evidence that was before the member.

renseignements dont la divulgation porterait atteinte, selon elle, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. L'alinéa 78g) permet à la Section de l'immigration de tenir compte de ces renseignements, même si ceux-ci ne sont pas divulgués à la personne concernée. Cette personne reçoit un résumé des renseignements conformément à l'alinéa 78h), mais ce résumé ne comporte aucun renseignement dont la divulgation porterait atteinte, de l'avis du membre, à la sécurité nationale ou à celle d'autrui. La décision de la Section de l'immigration peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire dans le cadre duquel le ministre peut demander le maintien de la non-divulgation des renseignements conformément à l'article 87. L'article 78 s'applique encore là à cette demande. Ce processus est appelé le processus de la LIPR. Le juge MacKay a comparé le processus de la LIPR au processus relatif aux certificats de sécurité qui est énoncé aux articles 77 et 78 et dont les parties ont convenu qu'il était analogue à celui de l'article 40.1 de l'ancienne *Loi sur l'immigration*. Il a statué que le processus de la LIPR n'allait pas à l'encontre des principes de justice fondamentale, pour les mêmes raisons qui ont été invoquées dans l'arrêt *Ahani c. Canada* au sujet du processus prévu à l'ancien article 40.1. La question suivante a été certifiée en vue d'un appel: le processus prévu au paragraphe 44(2) et aux articles 86 et 87 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* fait-il entrer en jeu l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, l'atteinte à la liberté et à la sécurité d'une personne pouvant découler du processus va-t-elle à l'encontre des principes de justice fondamentale?

Arrêt: l'appel est rejeté et la réponse à la question certifiée est négative.

L'appelant a soutenu en premier lieu que les différences entre le processus de la LIPR et celui de l'ancienne Loi sont suffisamment importantes pour permettre de distinguer la présente affaire de l'arrêt *Ahani*. L'appelant a également fait valoir qu'un membre de la Section de l'immigration n'a ni la compétence ni l'indépendance institutionnelle voulues pour soupeser l'intérêt du public lié au maintien de la confidentialité des renseignements touchant la sécurité nationale par rapport au droit la personne concernée de connaître la preuve qu'elle doit réfuter. La Cour a rejeté les deux arguments. Tant et aussi longtemps que le contrôle judiciaire permet à l'appelant de demander à un juge de la Cour fédérale de décider si le maintien de la confidentialité des renseignements est bien fondé, le processus de la LIPR est conforme aux principes de justice fondamentale. Selon le processus de la LIPR et les *Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, le juge de la Cour fédérale qui entend une demande de contrôle judiciaire concernant une ordonnance de non-divulgation rendue par un membre de la Section de l'immigration aura la possibilité de prendre connaissance des

The question of the standard of review to be applied by the Federal Court judge in reviewing the decision of the Immigration Division member not to disclose the confidential information is critical to assessing the similarity of the IRPA procedure to the procedure under the former Act. MacKay J. was right to apply the pragmatic and functional approach to determine that this review should be conducted on a correctness basis. Three of the four factors which the Supreme Court of Canada has held must be considered in determining the appropriate standard of review point to a less deferential standard. First, there is no applicable privative clause. Second, balancing the right of the Minister to confidentiality against the right of the appellant to know the case to be met is not a polycentric issue but one between the state and the individual to which less deference should be shown. The third factor is the relative expertise of the Court and the tribunal. In a number of legislative contexts, Parliament considers Federal Court judges best-suited to determine the appropriateness of disclosing information that could be injurious to national security. The wider range of legislation in which Parliament has given the task of assessing the proper level of disclosure to Federal Court judges suggests that it considers them to have greater relative expertise. Expertise considerations therefore favour less deference. The fourth factor is the nature of the question. Whether disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person is a question of mixed fact and law which suggests a more deferential standard. On balance, the proper standard of review on the question of whether relevant information should be disclosed to the affected individual is correctness. In considering the correctness of the Immigration Division member's non-disclosure decision, the Federal Court judge will make his or her own assessment of whether disclosure of the confidential information would be injurious to national security or to the safety of any person. Unlike the procedure under the former Act, the Federal Court judge will be reviewing the correctness of the Immigration Division member's decision rather than making an initial decision based on the confidential information that was before the Immigration Division. If the judicial review is allowed, the matter will be remitted to the Immigration Division. The information will not immediately be disclosed; rather, the judge may direct that some or all of the information be included in the summary to be provided to the affected individual. The Minister will then decide whether to disclose or withdraw the information.

renseignements confidentiels portés à l'attention du membre et de la preuve présentée à huis clos devant celui-ci.

La question de la norme de contrôle que le juge de la Cour fédérale doit appliquer pour réviser la décision du membre de la Section de l'immigration de ne pas divulguer les renseignements confidentiels a une importance cruciale pour évaluer la similitude entre le processus de la LIPR et celui de l'ancienne Loi. Le juge MacKay a eu raison d'appliquer la méthode pragmatique et fonctionnelle pour conclure que la norme de la décision correcte devrait s'appliquer à ce contrôle. Trois des quatre facteurs qu'il est nécessaire de prendre en compte, selon la Cour suprême du Canada, pour déterminer la norme de contrôle applicable indiquent qu'une norme de retenue moins élevée devrait s'appliquer. D'abord, il n'y a aucune clause privative applicable en l'espèce. En deuxième lieu, la nécessité de contrebalancer le droit du ministre de préserver la confidentialité avec le droit de l'appelant de connaître la preuve qu'il devra réfuter n'est pas une question polycentrique, mais une question qui oppose l'État et la personne et qui appelle une norme de retenue moins élevée. Le troisième facteur est l'expertise de la Cour comparativement à celle du tribunal administratif. Dans différents contextes législatifs, le Parlement estime que les juges de la Cour fédérale sont les mieux placés pour décider s'il y a lieu de divulguer des renseignements dont la communication pourrait porter atteinte à la sécurité nationale. Le nombre assez élevé de dispositions législatives dans lesquelles le Parlement a confié aux juges de la Cour fédérale la tâche d'apprécier le degré de divulgation approprié donne à penser que ceux-ci sont plus compétents à cet égard. En conséquence, l'examen du facteur de la compétence favorise l'application d'une norme de retenue moins élevée. Le quatrième facteur réside dans la nature de la question. La question de savoir si la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui est une question mixte de fait et de droit qui appelle une plus grande retenue. Dans l'ensemble, la norme de contrôle applicable à la question de savoir si les renseignements pertinents devraient être divulgués à la personne concernée est celle de la décision correcte. Lorsqu'il examinera le bien-fondé de la décision du membre de la Section de l'immigration quant à la non-divulgation, le juge de la Cour fédérale fera sa propre appréciation en ce qui a trait à la question de savoir si la divulgation des renseignements confidentiels porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Contrairement à ce qui se passait dans le cadre du processus de l'ancienne Loi, le juge de la Cour fédérale est appelé à examiner le bien-fondé de la décision du membre de la Section de l'immigration plutôt qu'à prendre une décision initiale en se fondant sur les renseignements confidentiels portés à la connaissance de la Section de l'immigration. Si la demande de contrôle judiciaire est accueillie, l'affaire sera renvoyée à la Section de l'immigration. Les renseignements ne seront pas divulgués immédiatement, mais le juge pourra plutôt ordonner qu'une

The IRPA procedure is in accordance with the principles of fundamental justice because it is sufficiently similar to the procedure under the former Act which was upheld in *Ahani*. Therefore, there was no violation of section 7 and the IRPA procedure is constitutional. After considering the confidential information, MacKay J. determined that the information was relevant to the issues before the Court and that its disclosure would be injurious to national security. Conducting his own assessment of the confidential information, he found that the Immigration Division member was correct to order non-disclosure. This conclusion was open to him and should not be disturbed on appeal.

partie ou la totalité des renseignements figurant dans le résumé soit fournie à la personne concernée. En pareil cas, il appartiendra au ministre de décider si ces renseignements devraient être divulgués ou non.

Le processus de la LIPR est conforme aux principes de justice fondamentale, parce qu'il est suffisamment semblable au processus de l'ancienne Loi, dont la validité a été confirmée dans *Ahani*. En conséquence, il n'y a aucune violation de l'article 7 et le processus de la LIPR est constitutionnel. Après avoir pris connaissance des renseignements confidentiels, le juge MacKay a statué que les renseignements étaient pertinents quant aux questions que la Cour devait trancher et que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale. Après avoir fait sa propre appréciation des renseignements confidentiels, il a statué que le membre de la Section de l'immigration avait eu raison d'en interdire la divulgation. Il lui était loisible d'en arriver à cette conclusion et celle-ci ne devrait pas être modifiée en appel.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 13(1)(a),(b), 15(1), 52 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 112).
- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38 (as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141), 38.01 (as enacted *idem*, s. 43), 38.02 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.03 (as enacted *idem*, s. 43), 38.031 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.04 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.05 (as enacted *idem*), 38.06 (as enacted *idem*), 38.07 (as enacted *idem*), 38.08 (as enacted *idem*), 38.09 (as enacted *idem*), 38.1 (as enacted *idem*), 38.11 (as enacted *idem*), 38.12 (as enacted *idem*), 38.13 (as enacted *idem*), 38.131 (as enacted *idem*), 38.14 (as enacted *idem*), 38.15 (as enacted *idem*).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.
- Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, s. 12.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 83.05 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 4, 143), 83.06 (as enacted *idem*, s. 4).
- Federal Court Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 (as am. by SOR/2002-232, s. 1), RR. 14, 15, 17 (as am. *idem*, s. 14).
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 40.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 2(1) "foreign national", 34(1), 44(1),(2), 45(d), 72 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 73, 74, 75 (as am. *idem*),

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 83.05 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 4, 143), 83.06 (édicte, *idem*, art. 4).
- Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 13(1)(a),(b), 15(1), 52 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 112).
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141), 38.01 (édicte, *idem*, art. 43), 38.02 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 38.03 (édicte, *idem*, art. 43), 38.031 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 38.04 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 38.05 (édicte, *idem*), 38.06 (édicte, *idem*), 38.07 (édicte, *idem*), 38.08 (édicte, *idem*), 38.09 (édicte, *idem*), 38.1 (édicte, *idem*), 38.11 (édicte, *idem*), 38.12 (édicte, *idem*), 38.13 (édicte, *idem*), 38.131 (édicte, *idem*), 38.14 (édicte, *idem*), 38.15 (édicte, *idem*).
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 19(1)(a),(b), 21, 51 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 159).
- Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 12.
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 40.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31).
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 2(1) «étranger», 34(1), 44(1),(2), 45(d), 72 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 73, 74, 75

76 (as am. *idem*), 77 (as am. *idem*), 78, 80(3), 86, 87.
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 19(1)(a),(b), 21, 51
 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 159).

(mod., *idem*), 76 (mod., *idem*), 77 (mod., *idem*), 78,
 80(3), 86, 87.

*Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration et de
 protection des réfugiés*, DORS/93-22 (mod. par
 DORS/2002-232, art. 1), règles 14, 15, 17 (mod., *idem*,
 art. 14).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ahani v. Canada, [1995] 3 F.C. 669; (1995), 32 C.P.R. (2d) 95; 100 F.T.R. 261 (T.D.); affd (1996), 201 N.R. 233; 37 C.R.R. (2d) 181 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1997] 2 S.C.R. v.

REFERRED TO:

Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *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.

APPEAL from a Federal Court decision ([2004] 2 F.C.R. 427; (2003), 113 C.R.R. (2d) 331; 242 F.T.R. 266; 34 Imm. L.R. (3d) 106) dismissing an application for judicial review of a determination by a member of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board that the applicant was inadmissible to Canada on security grounds. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Lorne Waldman for appellant.
Ian Hicks for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Waldman and Associates, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROTHSTEIN J.A.:

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Ahani c. Canada, [1995] 3 C.F. 669; (1995), 32 C.P.R. (2d) 95; 100 F.T.R. 261 (1^{re} inst.); conf. (1996), 201 N.R. 233; 37 C.P.R. (2d) 181 (C.A.F.); autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée, [1997] 2 R.C.S. v.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 R.C.S. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *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.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale ([2004] 2 R.C.F. 427; (2003), 113 C.R.R. (2d) 331; 242 F.T.R. 266; 34 Imm. L.R. (3d) 106) rejetant une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un membre de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le demandeur était interdit de territoire au Canada pour raison de sécurité. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Lorne Waldman pour l'appelant.
Ian Hicks pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Waldman and Associates, Toronto, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.:

OVERVIEW

[1] This is an appeal from a decision of MacKay J. of the Federal Court ([2004] 2 F.C.R. 427). The issue is whether the procedure, whereby a member of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board may, in making an admissibility decision, take into account security intelligence information without disclosing it to the affected individual, contravenes section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (Charter).

[2] The appellant submits that section 7 is engaged because he is in detention and because he has suffered psychological stress and stigma. Accordingly, he asserts that his liberty and security of the person interests have been adversely affected. He says a member of the Immigration Division lacks the independence and expertise necessary to make an order that departs materially from the ordinary rules of procedural fairness by denying him the right to know the case he has to meet. He therefore submits that the procedure which confers this power on Immigration Division members does not accord with the principles of fundamental justice.

FACTS

[3] The appellant, a national of India, arrived in Canada on May 8, 2001 and made a claim for refugee protection. On August 7, 2002, an immigration officer reported his opinion to the Minister of Citizenship and Immigration (the Minister) that the appellant was a member of the Babbar Khalsa International, an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts of terrorism. On the same day, the Minister referred the matter to the Immigration Division for an admissibility hearing.

[4] The appellant has been in detention since August 8, 2002.

[5] Before the member of the Immigration Division, the Minister applied, *in camera* and *ex parte*, for non-

APERÇU

[1] Il s'agit d'un appel d'une décision du juge MacKay de la Cour fédérale ([2004] 2 R.C.F. 427). La question à trancher est de savoir si le processus par lequel un membre de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié peut, en rendant une décision portant sur l'admissibilité, tenir compte des renseignements en matière de sécurité sans les divulguer à la personne concernée, contrevient à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (Charte).

[2] L'appelant soutient que l'article 7 entre en jeu en raison de la détention dont il fait l'objet ainsi que du stress psychologique et de la stigmatisation qu'entraîne sa situation. En conséquence, il fait valoir que ses droits à la liberté et à la sécurité de sa personne ont été atteints. Il affirme qu'un membre de la Section de l'immigration n'a pas l'indépendance et la compétence nécessaires pour rendre une ordonnance qui s'éloigne sensiblement des règles d'équité procédurale habituelles en lui refusant le droit de connaître la preuve qu'il devra réfuter. Il allègue donc que le processus qui confère ce pouvoir aux membres de la Section de l'immigration n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

FAITS

[3] L'appelant, qui est un ressortissant de l'Inde, est arrivé au Canada le 8 mai 2001 et a présenté une demande d'asile. Le 7 août 2002, un agent d'immigration a fait connaître au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) son opinion selon laquelle l'appelant était membre du Babbar Khalsa International, une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'actes de terrorisme. Le même jour, le ministre a déféré le cas de l'appelant à la Section de l'immigration pour enquête.

[4] L'appelant est détenu depuis le 8 août 2002.

[5] Devant le membre de la Section de l'immigration, le ministre a présenté, à huis clos et *ex parte*, une

disclosure of certain information. The member determined that the information was relevant to the appellant's admissibility and that its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person. The confidentiality application was granted on August 16, 2002 and the appellant was only provided with a summary of the information.

[6] On October 8, 2002, the Immigration Division member determined that the appellant was inadmissible, pursuant to paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), on the grounds alleged: that he was a member of a terrorist organization, the Babbar Khalsa International.

[7] On judicial review, the Minister applied for continued non-disclosure of information, which was granted by MacKay J. on May 8, 2003. By order dated December 16, 2003, MacKay J. dismissed the appellant's application for judicial review of the Immigration Division member's decision that the appellant was inadmissible.

STATUTORY SCHEME

[8] Subsection 44(1) of IRPA provides that an immigration officer who is of the opinion that a foreign national in Canada is inadmissible may submit a report of the relevant facts to the Minister. Under paragraph 34(1)(f), one ground of inadmissibility is that an individual is a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts of terrorism. Under subsection 44(2), the Minister may, if she is of the opinion that the report is well-founded, refer it to the Immigration Division for an admissibility hearing.

[9] Subsection 86(1) provides that, during an admissibility hearing before the Immigration Division, the Minister may make application for non-disclosure of information. Subsection 86(2) provides that a member of the Immigration Division shall then determine the Minister's application in accordance with section 78. Section 78 provides, among other things, that if the Immigration Division is of the opinion that disclosure of the information would be injurious to national security or

demande visant à interdire la communication de certains renseignements. Le membre a conclu que les renseignements étaient pertinents quant à l'admissibilité de l'appelant et que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui. La demande a été accueillie le 16 août 2002 et l'appelant n'a obtenu qu'un résumé des renseignements.

[6] Le 8 octobre 2002, le membre de la Section de l'immigration a conclu que l'appelant était interdit de territoire, conformément à l'alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), parce qu'il appartenait à une organisation terroriste, le Babbar Khalsa International.

[7] Lors du contrôle judiciaire, le ministre a demandé le maintien de la non-divulgation des renseignements et le juge MacKay a fait droit à cette demande le 8 mai 2003. Dans une ordonnance datée du 16 décembre 2003, le juge MacKay a rejeté la demande de contrôle judiciaire que l'appelant avait présentée à l'encontre de la décision du membre de la Section de l'immigration selon laquelle il était interdit de territoire.

RÉGIME LÉGISLATIF

[8] Le paragraphe 44(1) de la LIPR prévoit que, s'il estime qu'un étranger se trouvant au Canada est interdit de territoire, l'agent d'immigration peut établir un rapport circonstancié qu'il transmet au ministre. Selon l'alinéa 34(1)f), le fait d'être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'actes de terrorisme emporte interdiction de territoire. Le paragraphe 44(2) permet au ministre de déférer l'affaire à la Section de l'immigration pour enquête, s'il estime le rapport bien fondé.

[9] Le paragraphe 86(1) dispose qu'au cours d'une enquête tenue devant la Section de l'immigration, le ministre peut demander l'interdiction de la divulgation des renseignements. Selon le paragraphe 86(2), un membre de la Section de l'immigration statue sur la demande du ministre conformément à l'article 78, lequel prévoit notamment que le membre en question est tenu de garantir la confidentialité des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à

to the safety of any person, the Immigration Division member shall ensure the confidentiality of the information. Paragraph 78(g) provides that such information may be considered by the Immigration Division even though it is not disclosed to the affected individual. The affected individual is provided with a summary of the information under paragraph 78(h), but that summary does not include any information that the member considers would, if disclosed, be injurious to national security or to the safety of any person.

[10] Paragraph 45(d) allows the Immigration Division member to make a removal order against the foreign national if satisfied that the foreign national is inadmissible.

[11] Under section 72 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194], the member's decision is subject to judicial review in the Federal Court if leave is obtained. Pursuant to section 87, on judicial review the Minister may apply for continued non-disclosure of information protected by the member's confidentiality order. Section 78 is again applicable to the non-disclosure application before the Court.

[12] This procedure will be referred to in these reasons as the IRPA procedure. The relevant provisions of IRPA are set out in Appendix A.

CERTIFIED QUESTION

[13] MacKay J. certified the following question for appeal pursuant to paragraph 74(d) of IRPA:

Does the procedure pursuant to ss. 44(2), 86 and 87 of the *Immigration and Refugee Protection Act* engage section 7 of the *Charter of Rights and Freedoms* and if so, is there any deprivation of liberty and security of person contrary to the principles of fundamental justice.

ANALYSIS

[14] Section 7 of the Charter provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

la sécurité d'autrui. L'alinéa 78g) permet à la Section de l'immigration de tenir compte des renseignements, même si ceux-ci ne sont pas divulgués à la personne concernée. Cette personne reçoit un résumé des renseignements conformément à l'alinéa 78h), mais ce résumé ne comporte aucun renseignement dont la divulgation porterait atteinte, de l'avis du membre, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

[10] L'alinéa 45d) autorise le membre de la Section de l'immigration à prendre une mesure de renvoi contre l'étranger sur preuve qu'il est interdit de territoire.

[11] Selon l'article 72 [mod. par LC. 2002, ch. 8, art. 194], la décision du membre peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire par la Cour fédérale, pourvu que l'autorisation soit obtenue. En vertu de l'article 87, le ministre peut, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, demander au juge d'interdire la divulgation des renseignements protégés par l'ordonnance de non-divulgation du membre. Encore là, l'article 78 s'applique à cette demande.

[12] Ce processus sera appelé dans les présents motifs le processus de la LIPR, dont les dispositions pertinentes sont reproduites à l'annexe A.

QUESTION CERTIFIÉE

[13] Le juge MacKay a certifié la question suivante à trancher en appel conformément à l'alinéa 74d) de la LIPR:

[TRADUCTION] Le processus prévu au paragraphe 44(2) et aux articles 86 et 87 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* fait-il entrer en jeu l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, l'atteinte à la liberté et à la sécurité d'une personne pouvant découler du processus va-t-elle à l'encontre des principes de justice fondamentale?

ANALYSE

[14] Voici le texte de l'article 7 de la Charte:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[15] In view of my determination that the IRPA procedure is not contrary to the principles of fundamental justice, it is not necessary to decide whether section 7 of the Charter is engaged. I will assume, without deciding, that it is. I turn then to the issue of fundamental justice.

Decision of MacKay J.

[16] MacKay J. compared the IRPA procedure to the security certificate procedure set out in sections 77 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194] and 78 which the parties accepted was analogous to the procedure under section 40.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the former Act). The procedure under the former Act was found not to contravene the principles of fundamental justice in *Ahani v. Canada*, [1995] 3 F.C. 669 (T.D.); aff'd by (1996), 201 N.R. 233 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. dismissed [1997] 2 S.C.R. v.

[17] MacKay J. identified two main differences between the security certificate procedure and the IRPA procedure: (1) initial certification of the information by two ministers rather than one; and (2) review and assessment of information sought to be subject to an order for non-disclosure by a Federal Court judge rather than a member of the Immigration Division.

[18] He also observed one other difference. Under subsection 80(3), the decision of the Federal Court judge that a security certificate is reasonable is not subject to appeal or judicial review. However, under the IRPA procedure, the inadmissibility decision of the Immigration Division member is subject to judicial review by a Federal Court judge, including review of the decision that information not be disclosed for reasons of national security. As MacKay J. put it, the Federal Court judge is involved in the process but at a stage removed from the somewhat similar role that the judge plays under sections 77 and 78. He therefore held that the differences between the two procedures were not sufficient to distinguish the IRPA procedure from the security certificate procedure.

[15] Étant donné que j'ai conclu que le processus de la LIPR ne va pas à l'encontre des principes de justice fondamentale, il n'est pas nécessaire de décider si l'article 7 de la Charte entre en jeu. Je présumerai que tel est le cas sans conclure en ce sens. J'examine donc la question des principes de justice fondamentale.

Décision du juge MacKay

[16] Le juge MacKay a comparé le processus de la LIPR au processus relatif aux certificats de sécurité qui est énoncé aux articles 77 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194] et 78 et dont les parties ont convenu qu'il était analogue à celui de l'article 40.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (l'ancienne Loi). Le processus énoncé dans l'ancienne Loi a été jugé conforme aux principes de justice fondamentale dans *Ahani c. Canada*, [1995] 3 C.F. 669 (1^{re} inst.); confirmée à (1996), 201 N.R. 233 (C.A.F.); autorisation d'interjeter appel à la C.S.C. rejetée [1997] 2 R.C.S. v.

[17] Le juge MacKay a relevé deux grandes différences entre le processus relatif aux certificats de sécurité et le processus de la LIPR: le premier prévoit 1) l'examen initial des renseignements par deux ministres plutôt qu'un et 2) le contrôle et l'appréciation des renseignements visés par la demande d'ordonnance de non-divulgaration par un juge de la Cour fédérale plutôt que par un membre de la Section de l'immigration.

[18] Le juge MacKay a également souligné une autre différence. Selon le paragraphe 80(3), la décision du juge de la Cour fédérale concernant le caractère raisonnable du certificat ne peut faire l'objet d'un appel ou d'un contrôle judiciaire. Cependant, dans le cas du processus de la LIPR, la totalité de la décision du membre de la Section de l'immigration peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire de la part d'un juge de la Cour fédérale, notamment le contrôle de la décision selon laquelle des renseignements ne doivent pas être divulgués pour des raisons de sécurité nationale. De l'avis du juge MacKay, le juge de la Cour fédérale participe au processus mais, à une certaine étape, on lui retire le rôle quelque peu semblable joué dans le cadre des articles 77 et 78. Le juge MacKay a donc statué que

[19] It is not entirely clear why MacKay J. decided to compare the IRPA procedure to the security certificate procedure set out in sections 77 and 78 rather than directly to the procedure set out in former section 40.1. However, the parties accepted that the security certificate procedure was analogous to the procedure under the former Act. Accordingly, that MacKay J. did not explicitly compare the IRPA procedure to the procedure under the former Act does not constitute reversible error. In the end, he held that the IRPA procedure did not contravene the principles of fundamental justice, for the same reasons that McGillis J. held that the former section 40.1 process did not do so in *Ahani*.

The appellant's argument

[20] The appellant, however, submits that the differences between the IRPA procedure and the procedure under the former Act are sufficiently significant to distinguish this case from *Ahani*. He states that, since a non-disclosure application under the IRPA procedure can be initiated by a mere delegate of one Minister, rather than two ministers, acting personally, who were required to sign a security certificate, there is no political or legal accountability for the decision to seek a non-disclosure order.

[21] The appellant also argues that a member of the Immigration Division has neither the expertise nor the institutional independence to weigh the interests of the public in keeping national security information confidential against the interests of the appellant to know the case he has to meet. The appellant says that under the former Act, the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, and the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, this issue has always been determined by a Federal Court judge because only a Federal Court judge has the requisite expertise and independence to make such a determination.

les différences entre les deux processus n'étaient pas suffisantes pour permettre de distinguer le processus de la LIPR de celui des certificats de sécurité.

[19] La raison pour laquelle le juge MacKay a décidé de comparer le processus de la LIPR au processus relatif aux certificats de sécurité qui est énoncé aux articles 77 et 78 plutôt qu'à celui de l'ancien article 40.1 n'est pas tout à fait claire. Cependant, les parties ont admis que le processus relatif aux certificats de sécurité était analogue à celui de l'ancienne Loi. En conséquence, le fait que le juge MacKay n'ait pas explicitement comparé le processus de la LIPR à celui de l'ancienne Loi ne constitue pas une erreur susceptible de révision. En bout de ligne, le juge MacKay a statué que le processus de la LIPR n'allait pas à l'encontre des principes de justice fondamentale, pour les mêmes raisons que la juge McGillis a invoquées pour décider dans l'arrêt *Ahani*, que le processus prévu à l'ancien article 40.1 n'était pas non plus contraire à ces principes.

L'argument de l'appelant

[20] Cependant, l'appelant fait valoir que les différences entre le processus de la LIPR et celui de l'ancienne Loi sont suffisamment importantes pour permettre de distinguer la présente affaire de l'arrêt *Ahani*. Selon l'appelant, étant donné qu'une demande de non-divulgence formulée dans le cadre du processus de la LIPR peut être présentée par un simple délégué du ministre plutôt que par deux ministres devant signer un certificat de sécurité à titre personnel, la décision de solliciter une ordonnance de non-divulgence n'est assujettie à aucune obligation de rendre compte, qu'elle soit politique ou juridique.

[21] L'appelant ajoute que le membre de la Section de l'immigration n'a ni la compétence ni l'indépendance institutionnelles voulues pour soupeser l'intérêt du public lié au maintien de la confidentialité des renseignements touchant la sécurité nationale par rapport aux droits de l'appelant de connaître la preuve qu'il doit réfuter. L'appelant soutient qu'en vertu de l'ancienne Loi, de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 et du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, cette question a toujours été tranchée par un juge de la Cour fédérale, qui seul possède la compétence et l'indépendance voulues pour prendre cette décision.

Judicial involvement in the IRPA procedure

[22] I am unable to accept the appellant's first argument. Regardless of how the process is initiated, the decision whether to withhold the confidential information from the affected individual, as discussed below, will eventually be considered by a judge of the Federal Court. The Minister will only be allowed to rely on the information without divulging it to the individual if the judge is convinced that the information is relevant and that its disclosure will be injurious to national security or to the safety of any person.

[23] I am also unable to accept the appellant's second argument. It is based on a reading of section 86 in isolation. Read by itself, the section does not require judicial participation in the process of deciding whether information should be kept confidential. However, as MacKay J. found, a decision of the Immigration Division member is subject to judicial review upon an applicant obtaining leave.

[24] The procedure under the former Act which required a Federal Court judge to make the initial and only decision regarding non-disclosure was found in *Ahani*, to be in accordance with fundamental justice. As long as the availability of judicial review provides the appellant with an opportunity to have a Federal Court judge decide the propriety of keeping the information confidential, the IRPA procedure must also be found to be in accordance with the principles of fundamental justice.

[25] The question is whether the appellant has that opportunity. Three concerns must be addressed:

1. Does the Federal Court judge have an opportunity to review the confidential information?
2. Can the Federal Court judge review the correctness of the member's decision not to reveal the information or must the judge show deference to the member's assessment?
3. What remedies can the Federal Court judge order if the judge finds that the information should have been revealed?

Rôle des juges dans le processus de la LIPR

[22] Je ne puis souscrire au premier argument de l'appelant. Indépendamment de la façon dont le processus est enclenché, un juge de la Cour fédérale examinera un jour ou l'autre la décision de divulguer ou de ne pas divulguer les renseignements confidentiels à la personne concernée. Le ministre sera autorisé à se fonder sur les renseignements sans les divulguer à cette personne uniquement si le juge est convaincu que les renseignements sont pertinents et que leur divulgation portera atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui.

[23] Je ne puis non plus accepter le deuxième argument de l'appelant, qui est fondé sur une lecture isolée de l'article 86. En soi, cette disposition n'exige pas qu'un juge participe à la décision concernant l'opportunité de préserver la confidentialité des renseignements. Cependant, comme le juge MacKay l'a souligné, la décision du membre de la Section de l'immigration peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire pourvu que l'autorisation soit obtenue à cette fin.

[24] Dans *Ahani*, il a été décidé que le processus de l'ancienne Loi selon lequel un juge de la Cour fédérale devait prendre la décision initiale et la seule décision concernant la non-divulgence était conforme aux principes de justice fondamentale. Tant et aussi longtemps que le contrôle judiciaire permet à l'appelant de demander à un juge de la Cour fédérale de décider si le maintien de la confidentialité des renseignements est bien fondé, le processus de la LIPR devra lui aussi être jugé conforme aux principes de justice fondamentale.

[25] La question est de savoir si l'appelant a cette possibilité. Trois préoccupations doivent être examinées:

1. Le juge de la Cour fédérale a-t-il la possibilité d'examiner les renseignements confidentiels?
2. Le juge de la Cour fédérale peut-il examiner le bien-fondé de la décision du membre de ne pas révéler les renseignements ou doit-il faire montre de retenue à l'endroit de cette décision?
3. Quelles sont les réparations que le juge de la Cour fédérale peut ordonner s'il estime que les renseignements auraient dû être révélés?

How the confidential information gets before the Federal Court judge

[26] In oral argument, both counsel agreed that the Immigration Division does not retain confidential information considered by the member; rather, the information is returned to the Canadian Security and Intelligence Service (CSIS). It was suggested that, on judicial review, the Minister might, at her discretion, submit the same information, a portion of the information or indeed even other confidential information to the Federal Court judge through an application under section 87.

[27] Normally, judicial reviews are conducted based on the record of the proceedings before the tribunal. The Court therefore asked for further written submissions on the procedure by which confidential information is placed before the judge conducting the judicial review. These submissions confirmed what was agreed on by counsel at the hearing. The joint submission stated that the justification for the retention of the information by CSIS is section 12 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (CSIS Act) which provides:

12. The Service shall collect, by investigation or otherwise, to the extent that it is strictly necessary, and analyse and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada and, in relation thereto, shall report to and advise the Government of Canada.

[28] Based on my reading of the relevant statutory provisions and Court rules, I am unable to accept the submissions of counsel for the parties as a correct interpretation of the relevant law.

[29] Subsection 86(2) provides that the procedure set out in section 78 applies to the determination of an application for non-disclosure before an Immigration Division member, as if the reference to a "judge" in section 78 referred to the member.

[30] If the member decides that information or evidence is not relevant or that it is relevant but should

Façon dont les renseignements confidentiels sont portés à l'attention du juge de la Cour fédérale

[26] Au cours des plaidoiries, les deux avocats ont convenu que la Section de l'immigration ne conserve pas les renseignements confidentiels que le membre a examinés; ces renseignements sont plutôt retournés au Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS). Selon les arguments invoqués, le ministre pourrait, à sa discrétion, lors du contrôle judiciaire, soumettre les mêmes renseignements, une partie de ceux-ci ou même d'autres renseignements confidentiels au juge de la Cour fédérale au moyen d'une demande fondée sur l'article 87.

[27] Habituellement, le contrôle judiciaire est fondé sur le dossier des procédures qui se sont déroulées devant le tribunal. La Cour a donc demandé d'autres observations écrites au sujet de la démarche dans le cadre de laquelle des renseignements confidentiels sont portés à l'attention du juge saisi de la demande de contrôle judiciaire. Dans ces observations, les avocats ont confirmé ce dont ils avaient convenu à l'audience. D'après les observations conjointes, la conservation des renseignements par le SCRS est justifiée par l'article 12 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (Loi sur le SCRS), dont voici le libellé:

12. Le Service recueille, au moyen d'enquêtes ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire, et analyse et conserve les informations et renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada; il en fait rapport au gouvernement du Canada et le conseille à cet égard.

[28] Après avoir lu les dispositions législatives et les règles de la Cour qui sont pertinentes, je ne puis convenir que les avocats des parties ont interprété correctement les règles de droit applicables dans leurs observations.

[29] Le paragraphe 86(2) prévoit que la procédure énoncée à l'article 78 s'applique à l'examen de la demande de non-divulgence présentée à un membre de la Section de l'immigration comme si le mot «juge» de l'article 78 signifiait «membre».

[30] Lorsque le membre décide que les renseignements ou éléments de preuve ne sont pas

be included in the summary provided to the individual, paragraph 78(f) requires the information to be returned to the Minister. However, paragraph 78(g), which allows the member to consider relevant but potentially injurious material without disclosing it, makes no mention of subsequently returning the considered material to the Minister. Any information considered by the member under paragraph 78(g) should thus form part of the Immigration Division's record, albeit a confidential portion.

[31] Under Rule 14 of the *Federal Court Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 [(as am. by SOR/2002-232, s. 1)], “[w]here the judge considers that documents in the possession or control of the tribunal are required for the proper disposition of the application for leave,” the judge may order the Immigration Division to produce the documents to the Court. Once leave is granted, Rule 17 [as am. *idem*, s. 14] requires the Board to prepare a record including, among other things, “all papers relevant to the matter that are in the possession or control of the tribunal” and submit it to the Court. When the confidential information is produced to the Court, either on the leave application or at the hearing of the judicial review, the Minister may make an application under subsection 87(1) for continued non-disclosure.

[32] As earlier explained, it appears that, for security reasons, the usual practice was for physical custody of this information to remain with CSIS. I am not entirely satisfied that section 12 of the CSIS Act necessarily requires this procedure. Just as confidential documents considered by the Federal Court on judicial review may be retained by that Court in a sealed record accessible only by a designated judge, I see no reason why a similar procedure could not apply to the Immigration Division.

[33] However, if the information is to be returned to CSIS, an undertaking must be given that the precise

pertinents ou qu'ils sont pertinents, mais devraient figurer dans le résumé fourni à la personne concernée, les renseignements doivent être remis au ministre, comme l'exige l'alinéa 78f). Cependant, l'alinéa 78g), qui permet au membre de tenir compte, sans les divulguer, des renseignements qui sont pertinents, mais dont la communication pourrait nuire à la sécurité nationale, ne prévoit nullement la remise subséquente des éléments examinés au ministre. Tout renseignement que le membre a examiné en application de l'alinéa 78g) devrait donc faire partie du dossier de la Section de l'immigration, même s'il s'agit d'un renseignement confidentiel.

[31] En vertu de la règle 14 des *Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 [(mod. par DORS/2002-232, art. 1)], «[d]ans le cas où le juge décide que les documents en la possession ou sous la garde du tribunal administratif sont nécessaires pour décider de la demande d'autorisation», il peut ordonner à la Section de l'immigration de produire les documents à la Cour. Une fois l'autorisation accordée, la règle 17 [mod., *idem*, art. 14] oblige la Commission à préparer un dossier composé, notamment, de «tous les documents pertinents qui sont en la possession ou sous la garde du tribunal administratif» et à le soumettre à la Cour. Lorsque les renseignements confidentiels sont produits à la Cour, que ce soit suivant la demande d'autorisation ou à l'audition de la demande de contrôle judiciaire, le ministre peut demander à un juge de continuer à en interdire la divulgation en vertu du paragraphe 87(1).

[32] Comme il est expliqué plus haut, il semble que, pour des raisons de sécurité, ce soit le SCRS qui conserve habituellement la garde physique de ces renseignements. Je ne suis pas convaincu que l'article 12 de la Loi sur le SCRS exige nécessairement cette procédure. Étant donné que la Cour fédérale peut conserver dans un dossier scellé auquel seul un juge désigné a accès les documents confidentiels qu'elle a examinés lors du contrôle judiciaire, je ne vois pas pourquoi une procédure semblable ne pourrait pas s'appliquer à la Section de l'immigration.

[33] Cependant, si les renseignements doivent être remis au SCRS, il faudra fournir un engagement selon

information that was before the Immigration Division member will be produced for judicial review purposes if required. The confidential information must be retained intact in a format that allows for precise identification of exactly what information was considered by the Immigration Division member in making the inadmissibility decision. The information that has been considered by the Immigration Division but returned to CSIS must be considered information “under the control of the tribunal” for the purpose of its production to the Federal Court on judicial review. If the information is returned to CSIS, the onus is on the Minister to satisfy the judge hearing the judicial review that the precise record that was before the member has been provided to the Court. The precise record will include the confidential information and any transcript of evidence given in the *in camera* proceeding before the member.

[34] In the event the evidence was not transcribed, an affidavit attesting to the evidence given before the member would be required. Because the proceeding was conducted *ex parte*, the judge hearing the judicial review must be satisfied that this affidavit sets out completely the evidence that was before the member. One method of satisfying the judge could be to produce an affidavit from one of the Minister’s counsel who appeared before the member attesting, as an officer of the court, that the first affidavit accurately reflects all evidence given in the *in camera* proceedings.

[35] Federal Court judges deciding whether to grant leave in a judicial review involving a member’s decision not to disclose may, under Rule 14, if they consider it necessary, order the Immigration Division to provide the confidential information. I would expect that, unless it is clear from the public record that leave should be refused, a Federal Court judge would order production of the confidential information and review it before dismissing the application for leave. I do not see how a judge could otherwise dismiss a leave application without reviewing the confidential information. Of course, if leave is to be granted, either on consent or because the public record discloses grounds for granting leave, the judge granting leave need not review the confidential information.

lequel les renseignements précis dont le membre de la Section de l’immigration était saisi seront produits aux fins du contrôle judiciaire, s’ils sont nécessaires. Les renseignements confidentiels doivent demeurer intacts dans un format qui permet de déterminer avec précision les éléments qui ont servi de fondement à la décision que le membre de la Section de l’immigration a prise par suite de l’enquête. Les renseignements dont la Section de l’immigration a tenu compte, mais qui ont été remis au SCRS, doivent être considérés comme des renseignements «sous la garde du tribunal administratif» aux fins de leur production à la Cour fédérale lors du contrôle judiciaire. Si les renseignements sont retournés au SCRS, il incombera au ministre de prouver au juge qui entend la demande de contrôle judiciaire que le dossier dont le membre était saisi a été remis à la Cour. Le dossier précis comprendra les renseignements confidentiels et la transcription de la preuve présentée au cours de l’audience tenue à huis clos devant le membre.

[34] Si la preuve n’a pas été transcrite, un affidavit attestant la preuve présentée devant le membre serait nécessaire. Étant donné que l’audience a été tenue *ex parte*, le juge qui entend la demande de contrôle judiciaire devra être convaincu que l’affidavit énonce la totalité de la preuve portée à l’attention du membre. Une façon de convaincre le juge pourrait être de produire un affidavit dans lequel l’avocat du ministre qui a comparu devant le membre attesterait, en qualité de fonctionnaire du tribunal, que le premier affidavit reproduit fidèlement l’ensemble de la preuve présentée au cours de l’audience à huis clos.

[35] En vertu de la règle 14, pour décider s’il y a lieu d’accorder une autorisation dans le cadre du contrôle judiciaire relatif à la décision du membre de la Section de l’immigration de ne pas divulguer un renseignement, les juges de la Cour fédérale peuvent, lorsqu’ils le jugent nécessaire, ordonner à ladite Section de fournir les renseignements confidentiels. À mon avis, à moins que le dossier public n’indique clairement que l’autorisation devrait être refusée, un juge de la Cour fédérale ordonnerait vraisemblablement la production des renseignements confidentiels et les examinerait avant de rejeter la demande d’autorisation. Je ne vois pas comment un juge pourrait rejeter par ailleurs une demande d’autorisation sans examiner les

[36] Once leave is granted, the confidential information will, pursuant to Rule 17, automatically become part of the record before the judge hearing the application for judicial review. This portion of the record should be sealed and available only to the judge designated to hear the judicial review.

[37] I cannot accept that section 87 allows new confidential information to be submitted on the application for judicial review. In my view, section 87 presumes that a complete and accurate record containing the confidential information will be provided to the Court hearing the judicial review. Subsection 87(1) merely allows the Minister to make an application for the continued non-disclosure of any or all of the information that was protected by the Immigration Division member under subsection 86(1).

[38] This view of subsection 87(1) is supported by subsection 87(2) which expressly does not require the provision of a further summary to the affected individual. Such a further summary would be required if the Minister had a discretion under subsection 87(1) to submit new confidential information that was not before the Immigration Division member.

[39] I conclude therefore that, under the IRPA procedure and the *Federal Court Immigration and Refugee Protection Rules*, the Federal Court judge hearing a judicial review involving a confidentiality order made by an Immigration Division member will have an opportunity to review the confidential information and *in camera* evidence that was before the member.

renseignements confidentiels. Bien entendu, si l'autorisation doit être accordée, soit parce que les deux parties y consentent, soit parce que le dossier public révèle des motifs justifiant cette décision, il ne sera pas nécessaire que le juge qui accorde l'autorisation prenne connaissance des renseignements confidentiels.

[36] Conformément à la règle 17, une fois l'autorisation accordée, les renseignements confidentiels feront automatiquement partie du dossier dont sera saisi le juge qui entendra la demande de contrôle judiciaire. Cette partie du dossier devrait être scellée et seul le juge désigné pour entendre la demande de contrôle judiciaire devrait y avoir accès.

[37] Je ne puis admettre que l'article 87 permet la présentation de nouveaux renseignements confidentiels dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire. À mon sens, l'article 87 présuppose qu'un dossier complet et exact contenant les renseignements confidentiels sera remis au juge qui entendra la demande de contrôle judiciaire. Le paragraphe 87(1) permet simplement au ministre de demander à un juge de continuer à interdire la divulgation de l'ensemble ou d'une partie des renseignements que le membre de la Section de l'immigration avait protégés en vertu du paragraphe 86(1).

[38] Cette interprétation du paragraphe 87(1) est appuyée par le paragraphe 87(2), qui n'oblige pas expressément de fournir un autre résumé à la personne concernée. Ce résumé serait obligatoire si le ministre était habilité, en vertu du paragraphe 87(1), à présenter de nouveaux renseignements confidentiels qui n'avaient pas été portés à l'attention du membre de la Section de l'immigration.

[39] J'en arrive donc à la conclusion qu'en vertu du processus de la LIPR et des *Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, le juge de la Cour fédérale qui entend une demande de contrôle judiciaire concernant une ordonnance de non-divulgation rendue par un membre de la Section de l'immigration aura la possibilité de prendre connaissance des renseignements confidentiels portés à l'attention du membre et de la preuve présentée à huis clos devant celui-ci.

The standard of review is correctness

[40] On judicial review, the Federal Court judge is reviewing the inadmissibility decision of the Immigration Division member. One component of that decision may be whether information supplied by the Minister *in camera* should have been considered by the member without completely disclosing it to the affected individual.

[41] The appellant argued that on judicial review, the Court may only interfere with the Immigration Division member's non-disclosure decision if the decision is patently unreasonable. If this argument is correct, it is arguable that the Federal Court judge will not review the decision to keep the information confidential with the same degree of intensity as that performed by a judge under the section 40.1 procedure found constitutional in *Ahani*. Therefore, the question of the standard of review to be applied by the Federal Court judge in reviewing the decision of the Immigration Division member not to disclose the confidential information is critical to assessing the similarity of the IRPA procedure to the procedure under the former Act.

[42] MacKay J. applied the pragmatic and functional approach to determine that this review should be conducted on a correctness basis. I agree.

[43] Of the four factors which the Supreme Court has held must be considered in determining the appropriate standard of review (see *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226), three point to a less deferential standard. The first factor is the presence or absence of a privative clause. Here, there is no applicable privative clause; instead, sections 72 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194], 73, 74, 75 (as am. *idem*) expressly recognize that inadmissibility decisions are subject to judicial review once leave is obtained.

La norme de contrôle est celle de la décision correcte

[40] Le juge de la Cour fédérale qui entend la demande de contrôle judiciaire révisé la décision du membre de la Section de l'immigration portant interdiction de territoire. Un élément de cette décision peut porter sur la question de savoir si le membre aurait dû tenir compte des renseignements que le ministre a fournis à huis clos sans les dévoiler en entier à la personne concernée.

[41] L'appelant a soutenu que, lors du contrôle judiciaire, la Cour peut modifier la décision que le membre de la Section de l'immigration a rendue au sujet de la non-divulgence uniquement si cette décision est manifestement déraisonnable. Si l'appelant a raison, le juge de la Cour fédérale n'examinera peut-être pas la décision de préserver la confidentialité des renseignements avec le même degré d'intensité que dans le cas de l'examen effectué par le juge dans le cadre du processus prévu à l'article 40.1, lequel a été jugé constitutionnel dans *Ahani*. En conséquence, la question de la norme de contrôle que le juge de la Cour fédérale doit appliquer pour réviser la décision du membre de la Section de l'immigration de ne pas divulguer les renseignements confidentiels a une importance cruciale pour évaluer la similitude entre le processus de la LIPR et celui de l'ancienne Loi.

[42] Le juge MacKay a appliqué la méthode pragmatique et fonctionnelle pour conclure que la norme de la décision correcte devrait s'appliquer à ce contrôle. Je suis d'accord.

[43] Des quatre facteurs qu'il est nécessaire de prendre en compte, selon la Cour suprême du Canada, pour déterminer la norme de contrôle applicable (voir *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226), trois indiquent qu'une norme de retenue moins élevée devrait s'appliquer. Le premier facteur est la présence ou l'absence d'une clause privative. Dans la présente affaire, il n'y a aucune clause privative applicable; les articles 72 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194], 73, 74, 75 (mod., *idem*) reconnaissent plutôt expressément que les décisions portant interdiction de territoire sont susceptibles de contrôle judiciaire une fois l'autorisation obtenue.

[44] The second factor is whether the decision is polycentric or one in which the state is the singular adversary of the individual. Section 86 requires balancing the right of the Minister to confidentiality against the right of the appellant to know the case he has to meet. This is not a polycentric issue but one between the state and the individual to which less deference should be shown.

[45] The third factor is the relative expertise of the Court and the tribunal. Federal Court judges are experts in assessing the advisability of disclosing security intelligence information. In section 40.1 of the former Act, sections 77 and 78 of IRPA, sections 38 [as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141] to 38.15 [as enacted *idem*] of the *Canada Evidence Act*, sections 83.05 [as enacted *idem*, s. 4, 143] and 83.06 [as enacted *idem*, s. 4] of the *Criminal Code*, section 52 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 112] of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, and section 51 [as am. *idem*, s. 159] of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, Parliament has given the task of deciding how much security intelligence information can be disclosed without unduly endangering national security to the Chief Justice of the Federal Court and other Federal Court judges designated by the Chief Justice (see Appendix B). Parliament has precluded not only administrative tribunal members but even judges of provincial superior courts from this task. It appears that, in a number of legislative contexts, Parliament considers Federal Court judges best-suited to determine the appropriateness of disclosing information that could be injurious to national security.

[46] While the enactment of section 86 of IRPA indicates that Parliament now considers Immigration Division members to have sufficient expertise to consider non-disclosure applications, the wider range of legislation in which Parliament has given the task of assessing the proper level of disclosure to Federal Court judges suggests that Parliament considers Federal Court judges to have greater relative expertise. As well, the question of whether an affected individual should be

[44] Le deuxième facteur est la question de savoir si la décision est polycentrique ou s'il s'agit d'une décision où l'État est le seul adversaire de la personne concernée. L'article 86 exige que le droit du ministre de préserver la confidentialité fasse contrepoids au droit de l'appelant de connaître la preuve qu'il devra réfuter. Il ne s'agit pas d'une question polycentrique, mais d'une question qui oppose l'État et la personne et qui appelle une norme de retenue moins élevée.

[45] Le troisième facteur est l'expertise de la Cour comparativement à celle du tribunal administratif. Les juges de la Cour fédérale possèdent une compétence spécialisée pour apprécier l'opportunité de divulguer des renseignements en matière de sécurité. À l'article 40.1 de l'ancienne Loi, aux articles 77 et 78 de la LIPR, aux articles 38 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141] à 38.15 [édicte, *idem*] de la *Loi sur la preuve au Canada*, aux articles 83.05 [édicte, *idem*, art. 4, 143] et 83.06 [édicte, *idem*, art. 4] du *Code criminel*, à l'article 52 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 112] de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, et à l'article 51 [mod., *idem*, art. 159] de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, le Parlement a confié au juge en chef de la Cour fédérale et à d'autres juges de la Cour que celui-ci désigne la tâche de déterminer les éléments des renseignements en matière de sécurité qu'il est possible de divulguer sans mettre en danger la sécurité nationale (voir l'annexe B). Le Parlement a empêché non seulement les membres des tribunaux administratifs, mais également les juges des cours supérieures provinciales, d'accomplir cette tâche. Il semble que, dans différents contextes législatifs, le Parlement estime que les juges de la Cour fédérale sont les mieux placés pour décider s'il y a lieu de divulguer des renseignements dont la communication pourrait porter atteinte à la sécurité nationale.

[46] Même si l'adoption de l'article 86 de la LIPR indique que le Parlement estime maintenant que les membres de la Section de l'immigration ont l'expertise voulue pour examiner des demandes de non-divulgarion, le nombre assez élevé de dispositions législatives dans lesquelles il a confié aux juges de la Cour fédérale la tâche d'apprécier le degré de divulgation approprié donne à penser que ceux-ci sont plus compétents à cet égard. De plus, la question de savoir si une personne

denied the opportunity to fully know the case against him on national security grounds raises issues of fairness, an area which has traditionally been the domain of the courts. Expertise considerations therefore favour less deference.

[47] The fourth factor is the nature of the question. Whether disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person is a legal standard which must be applied to the facts as found by the member. The question is thus one of mixed fact and law which suggests a more deferential standard. However, in reviewing the decision of an administrative tribunal, the nature of the question is just one of the four factors to consider (*Dr. Q*, at paragraph 33).

[48] The Supreme Court has held that expertise is “the most important of the factors that a court must consider in settling on a standard of review” (*Canada (Director of Investigations and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paragraph 50). On balance, I am of the opinion that the proper standard of review on the question of whether relevant information should be disclosed to the affected individual is correctness.

[49] As a result, a Federal Court judge conducting a judicial review of an Immigration Division member’s decision to order non-disclosure of information to the affected individual will review the member’s decision on a correctness standard. To uphold the member’s decision, the judge must agree with it. If he or she does not, the judicial review will be allowed.

[50] In considering the correctness of the Immigration Division member’s non-disclosure decision, the Federal Court judge will make his or her own assessment of whether disclosure of the confidential information would be injurious to national security or to the safety of any person. Doing so will require a review of the information which was the subject of the member’s decision and any explanations of that information provided by witnesses

concernée devrait se voir refuser la possibilité de connaître entièrement la preuve qui sera présentée contre elle pour des raisons liées à la sécurité nationale soulève des préoccupations concernant l’équité, qui relèvent traditionnellement des cours de justice. En conséquence, l’examen du facteur de la compétence favorise l’application d’une norme de retenue moins élevée.

[47] Le quatrième facteur réside dans la nature de la question. La question de savoir si la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui est une question de droit qui doit être tranchée à la lumière des faits constatés par le membre. Il s’agit donc d’une question mixte de fait et de droit qui appelle une plus grande retenue. Toutefois, la nature de la question à trancher ne représente que l’un des quatre facteurs à prendre en compte au cours de la révision de la décision d’un tribunal administratif (*Dr Q*, au paragraphe 33).

[48] La Cour suprême du Canada a statué que l’expertise «est le facteur le plus important qu’une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable» (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, au paragraphe 50). Dans l’ensemble, je suis d’avis que la norme de contrôle applicable à la question de savoir si les renseignements pertinents devraient être divulgués à la personne concernée est celle de la décision correcte.

[49] En conséquence, un juge de la Cour fédérale qui entend une demande de contrôle judiciaire à l’égard de la décision par laquelle un membre de la Section de l’immigration ordonne la non-divulgation de renseignements à la personne concernée révisera cette décision selon la norme de la décision correcte. Pour confirmer la décision du membre, le juge doit être d’accord avec celle-ci. S’il n’est pas d’accord, la demande de contrôle judiciaire sera accueillie.

[50] Lorsqu’il examinera le bien-fondé de la décision du membre de la Section de l’immigration quant à la non-divulgation, le juge de la Cour fédérale fera sa propre appréciation en ce qui a trait à la question de savoir si la divulgation des renseignements confidentiels porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui. À cette fin, il devra prendre connaissance des renseignements visés par la décision du membre ainsi

who appeared *ex parte* before the member.

[51] Unlike the procedure under the former Act, here the Federal Court judge will be reviewing the correctness of the Immigration Division member's decision rather than making an initial decision. That is, the Federal Court judge will not be hearing fresh evidence explaining the reasons for non-disclosure. Rather, the Federal Court judge will be reviewing the confidential information that was before the Immigration Division member and any evidence given in the *in camera* proceedings before the member.

[52] The confidential portion of the IRPA procedure was conducted *ex parte*. Accordingly, the onus is on the Minister to satisfy the judge that the member's decision not to disclose was correct. If the judge is not satisfied because he or she finds the witness' explanations inadequate for any material reason, the judicial review will be allowed and the decision on inadmissibility will be remitted to the Immigration Division for redetermination.

The proper remedy if the judicial review is allowed

[53] If the judicial review is allowed, the information will not immediately be disclosed. Rather, in remitting the matter to the Immigration Division, the judge may direct that some or all of the information be included in the summary to be provided to the affected individual. In such a case, it will be up to the Minister to decide whether that information should be disclosed to the individual in order to allow it to be considered by the Immigration Division member or withdrawn from consideration in order to maintain the confidentiality of the information.

The IRPA procedure is constitutional

[54] The precise record that was before the Immigration Division member will be before the judge

que des explications s'y rapportant qu'ont fournies des témoins ayant comparu *ex parte* devant le membre.

[51] Contrairement à ce qui se passait dans le cadre du processus de l'ancienne Loi, le juge de la Cour fédérale est appelé ici à examiner le bien-fondé de la décision du membre de la Section de l'immigration plutôt qu'à prendre une décision initiale. En effet, le juge de la Cour fédérale n'entendra pas de nouveaux éléments de preuve visant à expliquer les motifs de la non-divulgaration. Il révisera plutôt les renseignements confidentiels qui avaient été portés à la connaissance du membre de la Section de l'immigration et tout élément de preuve présenté à celui-ci dans le cadre de l'audience à huis clos.

[52] La partie confidentielle du processus de la LIPR a eu lieu *ex parte*. En conséquence, il incombe au ministre de convaincre le juge que la décision du membre de ne pas divulguer les renseignements était bien fondée. Si le juge n'est pas convaincu de ce fait parce qu'il estime que les explications des témoins étaient insatisfaisantes pour une raison importante, la demande de contrôle judiciaire sera accueillie et la décision portant interdiction de territoire sera renvoyée à la Section de l'immigration pour nouvel examen.

La réparation qui conviendra si la demande de contrôle judiciaire est accueillie

[53] Si la demande de contrôle judiciaire est accueillie, les renseignements ne seront pas divulgués immédiatement. Lorsqu'il renverra l'affaire à la Section de l'immigration, le juge pourra plutôt ordonner qu'une partie ou la totalité des renseignements figurant dans le résumé soit fournie à la personne concernée. En pareil cas, il appartiendra au ministre de décider si ces renseignements devraient être divulgués à la personne afin que le membre de la Section de l'immigration puisse les examiner ou s'il est préférable de ne pas les soumettre à cet examen afin d'en préserver la confidentialité.

Le processus de la LIPR est constitutionnel

[54] Le juge qui entendra la demande de contrôle judiciaire aura en main le dossier qui avait été porté à la

conducting the judicial review and the member's decision not to disclose the confidential information will be reviewed on a correctness standard. For these reasons, I agree with MacKay J. that the IRPA procedure is in accordance with the principles of fundamental justice because it is sufficiently similar to the procedure under the former Act which was upheld in *Ahani*. As the IRPA procedure conforms with the principles of fundamental justice, there is no violation of section 7 and the IRPA procedure is constitutional.

MacKay J. complied with the IRPA procedure

[55] The appellant did not allege that MacKay J. failed to properly review the decision of the Immigration Division member; rather, he attacked the constitutionality of the statutory regime under which that decision was made. However, as my finding that the IRPA procedure is constitutional is based on the opportunity for a correctness review of the member's non-disclosure order by a Federal Court judge, I will consider whether MacKay J. did in fact conduct his own review of the propriety of not disclosing the confidential information to the appellant.

[56] At paragraphs 22-25 of his December 8, 2003, reasons for order, MacKay J. states that the information that had not been disclosed to the appellant in the course of his inadmissibility hearing was put before the Court in *in camera* hearings. He also confirms that no other information was introduced then or at any later time. MacKay J. thus had access to the information that was before the Immigration Division member and no other information.

[57] As stated above, MacKay J. held that the standard of review of the Immigration Division member's decision not to disclose the information to the appellant was correctness (paragraph 28). He thus applied the proper standard of review to the member's decision.

connaissance du membre de la Section de l'immigration et la décision de celui-ci de ne pas divulguer les renseignements confidentiels sera révisée selon la norme de la décision correcte. C'est pourquoi je conviens avec le juge MacKay que le processus de la LIPR est conforme aux principes de justice fondamentale, parce qu'il est suffisamment semblable au processus de l'ancienne Loi, dont la validité a été confirmée dans *Ahani*. Étant donné que le processus de la LIPR est conforme aux principes de justice fondamentale, il n'y a aucune contravention à l'article 7 et ledit processus est constitutionnel.

Le juge MacKay s'est conformé au processus de la LIPR

[55] L'appellant n'a pas soutenu que le juge MacKay n'avait pas révisé en bonne et due forme la décision du membre de la Section de l'immigration; il a plutôt contesté la constitutionnalité du régime législatif en vertu duquel cette décision a été prise. Cependant, étant donné que ma conclusion selon laquelle le processus de la LIPR est constitutionnel est fondée sur la possibilité qu'a le juge de la Cour fédérale de réviser le bien-fondé de l'ordonnance de non-divulgence du membre, j'examinerai la question de savoir si le juge MacKay a apprécié par lui-même le bien-fondé de l'interdiction de divulguer les renseignements confidentiels à l'appellant.

[56] Aux paragraphes 22 à 25 de ses motifs d'ordonnance datés du 8 décembre 2003, le juge MacKay précise que les renseignements qui n'avaient pas été dévoilés à l'appellant au cours de l'enquête de celui-ci ont été portés à la connaissance de la Cour pendant les audiences à huis clos. Il confirme également qu'aucun autre renseignement n'a été présenté, que ce soit au cours desdites audiences ou plus tard. Le juge MacKay a donc eu accès aux renseignements dont le membre de la Section de l'immigration avait été saisi et uniquement à ces renseignements.

[57] Tel qu'il est mentionné plus haut, le juge MacKay a statué que la norme de contrôle applicable à la décision du membre de la Section de l'immigration d'interdire la divulgation des renseignements à l'appellant était celle de la décision correcte (paragraphe 28). Il a donc appliqué la norme de contrôle qui convenait en ce qui a trait à la décision du membre.

[58] After considering the confidential information, MacKay J. determined that the information was relevant to the issues before the Court and that its disclosure would be injurious to national security. Conducting his own assessment of the confidential information, he found that the Immigration Division member did not err in concluding that the information should be considered without revealing it to the appellant (paragraph 37).

[59] MacKay J. found that the Immigration Division member was correct to order non-disclosure. This conclusion was open to him and should not be disturbed on appeal.

CONCLUSION

[60] The appeal should be dismissed and the certified question answered in the negative.

STRAYER J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

[58] Après avoir pris connaissance des renseignements confidentiels, le juge MacKay a statué que les renseignements étaient pertinents quant aux questions que la Cour devait trancher et que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale. Après avoir fait sa propre appréciation des renseignements confidentiels, il a statué que le membre de la Section de l'immigration n'avait pas commis d'erreur lorsqu'il a conclu que les renseignements devraient être pris en compte sans être révélés à l'appelant (paragraphe 37).

[59] Le juge MacKay a conclu que le membre de la Section de l'immigration a eu raison d'interdire la divulgation. Il était loisible au juge MacKay d'en arriver à cette conclusion et celle-ci ne devrait pas être modifiée en appel.

CONCLUSION

[60] L'appel doit être rejeté et la réponse à la question certifiée est négative.

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

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

APPENDIX A—THE IRPA PROCEDURE

ANNEXE A—LE PROCESSUS DE LA LIPR

Immigration and Refugee Protection Act [section 76 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194)]

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés [article 76 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194)]

2. (1) The definitions in this subsection apply in this Act.

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

...

[. . .]

"foreign national" means a person who is not a Canadian citizen or a permanent resident, and includes a stateless person.

«étranger» Personne autre qu'un citoyen canadien ou un résident permanent; la présente définition vise également les apatrides.

...

[. . .]

34. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on security grounds for

34. (1) Emportent interdiction de territoire pour raison de sécurité les faits suivants:

(a) engaging in an act of espionage or an act of subversion against a democratic government, institution or process as they are understood in Canada;

a) être l'auteur d'actes d'espionnage ou se livrer à la subversion contre toute institution démocratique, au sens où cette expression s'entend au Canada;

(b) engaging in or instigating the subversion by force of any government;

b) être l'instigateur ou l'auteur d'actes visant au renversement d'un gouvernement par la force;

(c) engaging in terrorism;

c) se livrer au terrorisme;

...

[. . .]

(f) being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph (a), (b) or (c).

f) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte visé aux alinéas a), b) ou c).

...

[. . .]

44. (1) An officer who is of the opinion that a permanent resident or a foreign national who is in Canada is inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts, which report shall be transmitted to the Minister.

44. (1) S'il estime que le résident permanent ou l'étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire, l'agent peut établir un rapport circonstancié, qu'il transmet au ministre.

(2) If the Minister is of the opinion that the report is well-founded, the Minister may refer the report to the Immigration Division for an admissibility hearing, . . .

(2) S'il estime le rapport bien fondé, le ministre peut déférer l'affaire à la Section de l'immigration pour enquête, [. . .]

...

[. . .]

45. The Immigration Division, at the conclusion of an admissibility hearing, shall make one of the following decisions:

45. Après avoir procédé à une enquête, la Section de l'immigration rend telle des décisions suivantes:

...

[. . .]

(d) make the applicable removal order against a foreign national who has not been authorized to enter Canada, if it

d) prendre la mesure de renvoi applicable contre l'étranger non autorisé à entrer au Canada et dont il n'est pas prouvé

is not satisfied that the foreign national is not inadmissible, or against a foreign national who has been authorized to enter Canada or a permanent resident, if it is satisfied that the foreign national or the permanent resident is inadmissible.

...

72. (1) Judicial review by the Federal Court with respect to any matter—a decision, determination or order made, a measure taken or a question raised—under this Act is commenced by making an application for leave to the Court.

...

74. Judicial review is subject to the following provisions:

...

(d) an appeal to the Federal Court of Appeal may be made only if, in rendering judgment, the judge certifies that a serious question of general importance is involved and states the question.

...

76. The definitions in this section apply in this Division.

“information” means security or criminal intelligence information and information that is obtained in confidence from a source in Canada, from the government of a foreign state, from an international organization of states or from an institution of either of them.

“judge” means the Chief Justice of the Federal Court or a judge of that Court designated by the Chief Justice.

77. (1) The Minister and the Solicitor General of Canada shall sign a certificate stating that a permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality and refer it to the Federal Court, which shall make a determination under section 80.

...

78. The following provisions govern the determination:

qu’il n’est pas interdit de territoire, ou contre l’étranger autorisé à y entrer ou le résident permanent sur preuve qu’il est interdit de territoire.

[. . .]

72. (1) Le contrôle judiciaire par la Cour fédérale de toute mesure—décision, ordonnance, question ou affaire—prise dans le cadre de la présente loi est subordonné au dépôt d’une demande d’autorisation.

[. . .]

74. Les règles suivantes s’appliquent à la demande de contrôle judiciaire:

[. . .]

d) le jugement consécutif au contrôle judiciaire n’est susceptible d’appel en Cour d’appel fédérale que si le juge certifie que l’affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci.

[. . .]

76. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente section.

«juge» Le juge en chef de la Cour fédérale ou le juge de cette juridiction désigné par celui-ci.

«renseignements» Les renseignements en matière de sécurité ou de criminalité et ceux obtenus, sous le sceau du secret, de source canadienne ou du gouvernement d’un État étranger, d’une organisation internationale mise sur pied par des États ou de l’un de leurs organismes.

77. (1) Le ministre et le solliciteur général du Canada déposent à la Cour fédérale le certificat attestant qu’un résident permanent ou qu’un étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée pour qu’il en soit disposé au titre de l’article 80.

[. . .]

78. Les règles suivantes s’appliquent à l’affaire:

(a) the judge shall hear the matter;

(b) the judge shall ensure the confidentiality of the information on which the certificate is based and of any other evidence that may be provided to the judge if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(c) the judge shall deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit;

(d) the judge shall examine the information and any other evidence in private within seven days after the referral of the certificate for determination;

(e) on each request of the Minister or the Solicitor General of Canada made at any time during the proceedings, the judge shall hear all or part of the information or evidence in the absence of the permanent resident or the foreign national named in the certificate and their counsel if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(f) the information or evidence described in paragraph (e) shall be returned to the Minister and the Solicitor General of Canada and shall not be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if either the matter is withdrawn or if the judge determines that the information or evidence is not relevant or, if it is relevant, that it should be part of the summary;

(g) the information or evidence described in paragraph (e) shall not be included in the summary but may be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if the judge determines that the information or evidence is relevant but that its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(h) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with a summary of the information or evidence that enables them to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the certificate, but that does not include anything that in the opinion of the judge would be injurious to national security or to the safety of any person if disclosed;

(i) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with an opportunity to be heard regarding their inadmissibility; and

(j) the judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base the decision on that evidence.

a) le juge entend l'affaire;

b) le juge est tenu de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat et des autres éléments de preuve qui pourraient lui être communiqués et dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

c) il procède, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et selon la procédure expéditive;

d) il examine, dans les sept jours suivant le dépôt du certificat et à huis clos, les renseignements et autres éléments de preuve;

e) à chaque demande d'un ministre, il examine, en l'absence du résident permanent ou de l'étranger et de son conseil, tout ou partie des renseignements ou autres éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

f) ces renseignements ou éléments de preuve doivent être remis aux ministres et ne peuvent servir de fondement à l'affaire soit si le juge décide qu'ils ne sont pas pertinents ou, l'étant, devraient faire partie du résumé, soit en cas de retrait de la demande;

g) si le juge décide qu'ils sont pertinents, mais que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui, ils ne peuvent faire partie du résumé, mais peuvent servir de fondement à l'affaire;

h) le juge fournit au résident permanent ou à l'étranger, afin de lui permettre d'être suffisamment informé des circonstances ayant donné lieu au certificat, un résumé de la preuve ne comportant aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

i) il donne au résident permanent ou à l'étranger la possibilité d'être entendu sur l'interdiction de territoire le visant;

j) il peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime utile—même inadmissible en justice—et peut fonder sa décision sur celui-ci.

...

[...]

86. (1) The Minister may, during an admissibility hearing, a detention review or an appeal before the Immigration Appeal Division, make an application for non-disclosure of information.

86. (1) Le ministre peut, dans le cadre de l'appel devant la Section d'appel de l'immigration, du contrôle de la détention ou de l'enquête demander l'interdiction de la divulgation des renseignements.

(2) Section 78 applies to the determination of the application, with any modifications that the circumstances require, including that a reference to "judge" be read as a reference to the applicable Division of the Board.

(2) L'article 78 s'applique à l'examen de la demande, avec les adaptations nécessaires, la mention de juge valant mention de la section compétente de la Commission.

87. (1) The Minister may, in the course of a judicial review, make an application to the judge for the non-disclosure of any information with respect to information protected under subsection 86(1) or information considered under section 11, 112 or 115.

87. (1) Le ministre peut, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, demander au juge d'interdire la divulgation de tout renseignement protégé au titre du paragraphe 86(1) ou pris en compte dans le cadre des articles 11, 112 ou 115.

(2) Section 78, except for the provisions relating to the obligation to provide a summary and the time limit referred to in paragraph 78(d), applies to the determination of the application, with any modifications that the circumstances require.

(2) L'article 78 s'applique à l'examen de la demande, avec les adaptations nécessaires, sauf quant à l'obligation de fournir un résumé et au délai.

Federal Court Immigration and Refugee Protection Rules

Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration et de protection des réfugiés

14. . . .

14. [...]

(2) Where the judge considers that documents in the possession or control of the tribunal are required for the proper disposition of the application for leave, the judge may, by order, specify the documents to be produced and filed and give such other directions as the judge considers necessary to dispose of the application for leave.

(2) Dans le cas où le juge décide que les documents en la possession ou sous la garde du tribunal administratif sont nécessaires pour décider de la demande d'autorisation, il peut, par ordonnance, spécifier les documents à produire et à déposer, et donner d'autres instructions qu'il estime nécessaires à cette décision.

(3) The Registry shall send to the tribunal a copy of an order made under subrule (2) forthwith after it is made.

(3) Le greffe envoie immédiatement au tribunal administratif une copie de l'ordonnance rendue en vertu du paragraphe (2).

(4) Upon receipt of an order under subrule (2), the tribunal shall, without delay, send a copy of the materials specified in the order, duly certified by an appropriate officer to be correct, to each of the parties, and two copies to the Registry.

(4) Dès réception de l'ordonnance rendue en vertu du paragraphe (2), le tribunal administratif envoie à chacune des parties une copie des documents spécifiés, certifiée conforme par un fonctionnaire compétent, et au greffe de la Cour deux copies de ces documents.

...

[...]

15. . . .

15. [...]

(2) The Registry shall send to the tribunal a copy of an order granting leave forthwith after it is made.

(2) Le greffe envoie immédiatement au tribunal une copie de l'ordonnance faisant droit à la demande d'autorisation.

...

[...]

17. Upon receipt of an order under Rule 15, a tribunal shall, without delay, prepare a record containing the following, on consecutively numbered pages and in the following order:

- (a) the decision or order in respect of which the application for judicial review is made and the written reasons given therefor,
- (b) all papers relevant to the matter that are in the possession or control of the tribunal,
- (c) any affidavits, or other documents filed during any such hearing, and
- (d) a transcript, if any, of any oral testimony given during the hearing, giving rise to the decision or order or other matter that is the subject of the application for judicial review,

and shall send a copy, duly certified by an appropriate officer to be correct, to each of the parties and two copies to the Registry.

APPENDIX B—CONFIDENTIAL INFORMATION AND THE FEDERAL COURT

Immigration Act

40.1 (1) Notwithstanding anything in this Act, where the Minister and the Solicitor General of Canada are of the opinion, based on security or criminal intelligence reports received and considered by them, that a person, other than a Canadian citizen or permanent resident, is a person described in subparagraph 19(1)(c.1)(ii), paragraph 19(1)(c.2), (d), (e), (f), (g), (j), (k) or (l) or subparagraph 19(2)(a.1)(ii), they may sign and file a certificate to that effect with an immigration officer, a senior immigration officer or an adjudicator.

...

(3) Where a certificate referred to in subsection (1) is filed in accordance with that subsection, the Minister shall

- (a) forthwith cause a copy of the certificate to be referred to the Federal Court for a determination as to whether the certificate should be quashed; and

...

(4) Where a certificate is referred to the Federal Court pursuant to subsection (3), the Chief Justice of that Court or a judge of that Court designated by the Chief Justice for the purposes of this section shall

17. Dès réception de l'ordonnance visée à la règle 15, le tribunal administratif constitue un dossier composé des pièces suivantes, disposées dans l'ordre suivant sur des pages numérotées consécutivement:

- a) la décision, l'ordonnance ou la mesure visée par la demande de contrôle judiciaire, ainsi que les motifs écrits y afférents;
- b) tous les documents pertinents qui sont en la possession ou sous la garde du tribunal administratif,
- c) les affidavits et autres documents déposés lors de l'audition,
- d) la transcription, s'il y a lieu, de tout témoignage donné de vive voix à l'audition qui a abouti à la décision, à l'ordonnance, à la mesure ou à la question visée par la demande de contrôle judiciaire,

dont il envoie à chacune des parties une copie certifiée conforme par un fonctionnaire compétent et au greffe deux copies de ces documents.

ANNEXE B—LES RENSEIGNEMENTS CONFIDENTIELS ET LA COUR FÉDÉRALE

Loi sur l'immigration

40.1 (1) Par dérogation aux autres dispositions de la présente loi, le ministre et le solliciteur général du Canada peuvent, s'ils sont d'avis, à la lumière de renseignements secrets en matière de sécurité ou de criminalité dont ils ont eu connaissance, qu'une personne qui n'est ni citoyen canadien ni résident permanent appartiendrait à l'une des catégories visées au sous-alinéa 19(1)c.1(ii), aux alinéas 19(1)c.2, d), e), f), g), j), k) ou l) ou au sous-alinéa 19(2)a.1(ii), signer et remettre une attestation à cet effet à un agent d'immigration, un agent principal ou un arbitre.

[...]

(3) En cas de remise de l'attestation prévue au paragraphe (1), le ministre est tenu:

- a) d'une part, d'en transmettre sans délai un double à la Cour fédérale pour qu'il soit décidé si l'attestation doit être annulée;

[...]

(4) Lorsque la Cour fédérale est saisie de l'attestation, le juge en chef de celle-ci ou le juge de celle-ci qu'il délègue pour l'application du présent article:

(a) examine within seven days, *in camera*, the security or criminal intelligence reports considered by the Minister and the Solicitor General and hear any other evidence or information that may be presented by or on behalf of those Ministers and may, on the request of the Minister or the Solicitor General, hear all or part of such evidence or information in the absence of the person named in the certificate and any counsel representing the person where, in the opinion of the Chief Justice or the designated judge, as the case may be, the evidence or information should not be disclosed on the grounds that the disclosure would be injurious to national security or to the safety of persons;

(b) provide the person named in the certificate with a statement summarizing such information available to the Chief Justice or the designated judge, as the case may be, as will enable the person to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the issue of the certificate, having regard to whether, in the opinion of the Chief Justice or the designated judge, as the case may be, the information should not be disclosed on the grounds that the disclosure would be injurious to national security or to the safety of persons;

(c) provide the person named in the certificate with a reasonable opportunity to be heard;

(d) determine whether the certificate filed by the Minister and the Solicitor General is reasonable on the basis of the evidence and information available to the Chief Justice or the designated judge, as the case may be, and, if found not to be reasonable, quash the certificate; and

(e) notify the Minister, the Solicitor General and the person named in the certificate of the determination made pursuant to paragraph (d).

(6) A determination under paragraph (4)(d) is not subject to appeal or review by any court.

Canada Evidence Act

38. The following definitions apply in this section and in sections 38.01 to 38.15.

“judge” means the Chief Justice of the Federal Court or a judge of that Court designated by the Chief Justice to conduct hearings under section 38.04.

...

“potentially injurious information” means information of a type that, if it were disclosed to the public, could injure international relations or national defence or national security.

a) examine dans les sept jours, à huis clos, les renseignements secrets en matière de sécurité ou de criminalité dont le ministre et le solliciteur général ont eu connaissance et recueille les autres éléments de preuve ou d'information présentés par ces derniers ou en leur nom; il peut en outre, à la demande du ministre ou du solliciteur général, recueillir tout ou partie de ces éléments en l'absence de l'intéressé et du conseiller la représentant, lorsque, à son avis, leur communication porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle de personnes;

b) fournit à l'intéressé un résumé des informations dont il dispose, à l'exception de celles dont la communication pourrait, à son avis, porter atteinte à la sécurité nationale ou à celle de personnes, afin de permettre à celui-ci d'être suffisamment informé des circonstances ayant donné lieu à l'attestation;

c) donne à l'intéressé la possibilité d'être entendu;

d) décide si l'attestation est raisonnable, compte tenu des éléments de preuve et d'information à sa disposition, et, dans le cas contraire, annule l'attestation;

e) avise le ministre, le solliciteur général et l'intéressé de la décision rendue aux termes de l'alinéa d).

(6) La décision visée à l'alinéa (4)d) ne peut être portée en appel ni être revue par aucun tribunal.

Loi sur la preuve au Canada

38. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 38.01 à 38.15.

«instance» Procédure devant un tribunal, un organisme ou une personne ayant le pouvoir de contraindre la production de renseignements.

[...]

«juge» Le juge en chef de la Cour fédérale ou le juge de ce tribunal désigné par le juge en chef pour statuer sur les questions dont est saisi le tribunal en application de l'article 38.04.

“proceeding” means a proceeding before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information.

...

"sensitive information" means information relating to international relations or national defence or national security that is in the possession of the Government of Canada, whether originating from inside or outside Canada, and is of a type that the Government of Canada is taking measures to safeguard.

...

38.04 (1) The Attorney General of Canada may, at any time and in any circumstances, apply to the Federal Court for an order with respect to the disclosure of information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4).

(2) If, with respect to information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4), the Attorney General of Canada does not provide notice of a decision in accordance with subsection 38.03(3) or, other than by an agreement under section 38.031, authorizes the disclosure of only part of the information or disclosure subject to any conditions,

(a) the Attorney General of Canada shall apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information if a person who gave notice under subsection 38.01(1) or (2) is a witness;

(b) a person, other than a witness, who is required to disclose information in connection with a proceeding shall apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information; and

(c) a person who is not required to disclose information in connection with a proceeding but who wishes to disclose it or to cause its disclosure may apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information.

...

38.06 (1) Unless the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or

[. . .]

«renseignements potentiellement préjudiciables» Les renseignements qui, s'ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

«renseignements sensibles» Les renseignements, en provenance du Canada ou de l'étranger, qui concernent les affaires internationales ou la défense ou la sécurité nationales, qui se trouvent en la possession du gouvernement du Canada et qui sont du type des renseignements à l'égard desquels celui-ci prend des mesures de protection.

[. . .]

38.04 (1) Le procureur général du Canada peut, à tout moment et en toutes circonstances, demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance portant sur la divulgation de renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4).

(2) Si, en ce qui concerne des renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4), le procureur général du Canada n'a pas notifié sa décision à l'auteur de l'avis en conformité avec le paragraphe 38.03(3) ou, sauf par un accord conclu au titre de l'article 38.031, il a autorisé la divulgation d'une partie des renseignements ou a assorti de conditions son autorisation de divulgation:

a) il est tenu de demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements si la personne qui l'a avisé au titre des paragraphes 38.01(1) ou (2) est un témoin;

b) la personne—à l'exclusion d'un témoin—qui a l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance est tenue de demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements;

c) la personne qui n'a pas l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance, mais qui veut en divulguer ou en faire divulguer, peut demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements.

[. . .]

38.06 (1) Le juge peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements, sauf s'il conclut qu'elle

national defence or national security, the judge may, by order, authorize the disclosure of the information.

(2) If the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security but that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, the judge may by order, after considering both the public interest in disclosure and the form of and conditions to disclosure that are most likely to limit any injury to international relations or national defence or national security resulting from disclosure, authorize the disclosure, subject to any conditions that the judge considers appropriate, of all of the information, a part or summary of the information, or a written admission of facts relating to the information.

(3) If the judge does not authorize disclosure under subsection (1) or (2), the judge shall, by order, confirm the prohibition of disclosure.

Criminal Code

83.05 (1) The Governor in Council may, by regulation, establish a list on which the Governor in Council may place any entity if, on the recommendation of the Solicitor General of Canada, the Governor in Council is satisfied that there are reasonable grounds to believe that

(a) the entity has knowingly carried out, attempted to carry out, participated in or facilitated a terrorist activity; or

(b) the entity is knowingly acting on behalf of, at the direction of or in association with an entity referred to in paragraph (a).

...

(2) On application in writing by a listed entity, the Solicitor General shall decide whether there are reasonable grounds to recommend to the Governor in Council that the applicant no longer be a listed entity.

...

(4) The Solicitor General must give notice without delay to the applicant of any decision taken or deemed to have been taken respecting the application referred to in subsection (2).

(5) Within 60 days after the receipt of the notice of the decision referred to in subsection (4), the applicant may apply to a judge for judicial review of the decision.

(6) When an application is made under subsection (5), the judge shall, without delay

porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

(2) Si le juge conclut que la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés.

(3) Dans le cas où le juge n'autorise pas la divulgation au titre des paragraphes (1) ou (2), il rend une ordonnance confirmant l'interdiction de divulgation.

Code criminel

83.05 (1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, établir une liste sur laquelle il inscrit toute entité dont il est convaincu, sur la recommandation du solliciteur général du Canada, qu'il existe des motifs raisonnables de croire:

a) que, sciemment, elle s'est livrée ou a tenté de se livrer à une activité terroriste, y a participé ou l'a facilitée;

b) que, sciemment, elle agit au nom d'une entité visée à l'alinéa a), sous sa direction ou en collaboration avec elle.

[. . .]

(2) Le solliciteur général, saisi d'une demande écrite présentée par une entité inscrite, décide s'il a des motifs raisonnables de recommander ou non au gouverneur en conseil de radier celle-ci de la liste.

[. . .]

(4) Il donne sans délai au demandeur un avis de la décision qu'il a rendue ou qu'il est réputé avoir rendue relativement à la demande.

(5) Dans les soixante jours suivant la réception de l'avis, le demandeur peut présenter au juge une demande de révision de la décision.

(6) Dès qu'il est saisi de la demande, le juge procède de la façon suivante:

(a) examine, in private, any security or criminal intelligence reports considered in listing the applicant and hear any other evidence or information that may be presented by or on behalf of the Solicitor General and may, at the request of the Solicitor General, hear all or part of that evidence or information in the absence of the applicant and any counsel representing the applicant, if the judge is of the opinion that the disclosure of the information would injure national security or endanger the safety of any person;

(b) provide the applicant with a statement summarizing the information available to the judge so as to enable the applicant to be reasonably informed of the reasons for the decision, without disclosing any information the disclosure of which would, in the judge's opinion, injure national security or endanger the safety of any person;

(c) provide the applicant with a reasonable opportunity to be heard; and

(d) determine whether the decision is reasonable on the basis of the information available to the judge and, if found not to be reasonable, order that the applicant no longer be a listed entity.

...

(11) In this section, "judge" means the Chief Justice of the Federal Court or a judge of that Court designated by the Chief Justice.

83.06 (1) For the purposes of subsection 83.05(6), in private and in the absence of the applicant or any counsel representing it,

(a) the Solicitor General of Canada may make an application to the judge for the admission of information obtained in confidence from a government, an institution or an agency of a foreign state, from an international organization of states or from an institution or an agency of an international organization of states; and

(b) the judge shall examine the information and provide counsel representing the Solicitor General with a reasonable opportunity to be heard as to whether the information is relevant but should not be disclosed to the applicant or any counsel representing it because the disclosure would injure national security or endanger the safety of any person.

(2) The information shall be returned to counsel representing the Solicitor General and shall not be considered by the judge in making the determination under paragraph 83.05(6)(d), if

(a) the judge determines that the information is not relevant;

a) il examine à huis clos les renseignements en matière de sécurité ou de criminalité qui ont été pris en considération pour l'inscription du demandeur sur la liste et recueille les autres éléments de preuve ou d'information présentés par le solliciteur général ou en son nom; il peut, à la demande de celui-ci, recueillir tout ou partie de ces éléments en l'absence du demandeur ou de son avocat, s'il estime que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

b) il fournit au demandeur un résumé de l'information dont il dispose—sauf celle dont la divulgation pourrait, à son avis, porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui—afin de lui permettre d'être suffisamment informé des motifs de la décision;

c) il donne au demandeur la possibilité d'être entendu;

d) il décide si la décision est raisonnable compte tenu de l'information dont il dispose et, dans le cas où il décide que la décision n'est pas raisonnable, il ordonne la radiation.

[. . .]

(11) Au présent article, «juge» s'entend du juge en chef de la Cour fédérale ou du juge de cette juridiction désigné par celui-ci.

83.06 (1) Pour l'application du paragraphe 83.05(6), procédant à huis clos et en l'absence du demandeur ou de son avocat:

a) le solliciteur général du Canada peut présenter au juge une demande en vue de faire admettre en preuve des renseignements obtenus sous le sceau du secret du gouvernement d'un État étranger ou d'une organisation internationale d'États, ou de l'un de leurs organismes;

b) le juge examine les renseignements et accorde à l'avocat du solliciteur général la possibilité de lui présenter ses arguments sur la pertinence des renseignements et le fait qu'ils ne devraient pas être communiqués au demandeur ou à son avocat parce que la communication porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

(2) Ces renseignements sont renvoyés à l'avocat du solliciteur général et ne peuvent servir de fondement à la décision rendue au titre de l'alinéa 83.05(6)d) dans les cas suivants:

a) le juge décide qu'ils ne sont pas pertinents;

(b) the judge determines that the information is relevant but should be summarized in the statement to be provided under paragraph 83.05(6)(b); or

(c) the Solicitor General withdraws the application.

(3) If the judge decides that the information is relevant but that its disclosure would injure national security or endanger the safety of persons, the information shall not be disclosed in the statement mentioned in paragraph 83.05(6)(b), but the judge may base the determination under paragraph 83.05(6)(d) on it.

Access to Information Act

13. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains information that was obtained in confidence from

(a) the government of a foreign state or an institution thereof;

(b) an international organization of states or an institution thereof;

...

15. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs, the defence of Canada or any state allied or associated with Canada or the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities . . .

...

52. (1) An application under section 41 or 42 relating to a record or a part of a record that the head of a government institution has refused to disclose by reason of paragraph 13(1)(a) or (b) or section 15 shall be heard and determined by the Chief Justice of the Federal Court or by any other judge of that Court that the Chief Justice may designate to hear those applications.

(2) An application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application shall

(a) be heard *in camera*; and

(b) on the request of the head of the government institution concerned, be heard and determined in the National Capital Region described in the schedule to the *National Capital Act*.

b) le juge décide qu'ils sont pertinents, mais qu'ils devraient faire partie du résumé à fournir au titre de l'alinéa 83.05(6)b);

c) le solliciteur général retire la demande.

(3) Si le juge décide que ces renseignements sont pertinents, mais que leur communication au titre de l'alinéa 83.05(6)b) porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui, il les exclut du résumé, mais peut s'en servir comme fondement de la décision qu'il rend au titre de l'alinéa 83.05(6)d).

Loi sur l'accès à l'information

13. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements obtenus à titre confidentiel:

a) des gouvernements des États étrangers ou de leurs organismes;

b) des organisations internationales d'États ou de leurs organismes;

[. . .]

15. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales, à la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada ou à la détection, à la prévention ou à la répression d'activités hostiles ou subversives [. . .]

[. . .]

52. (1) Les recours visés aux articles 41 ou 42 et portant sur les cas où le refus de donner communication totale ou partielle du document en litige s'appuyait sur les alinéas 13(1)a) ou b) ou sur l'article 15 sont exercés devant le juge en chef de la Cour fédérale ou tout autre juge de cette Cour qu'il charge de leur audition.

(2) Les recours visés au paragraphe (1) font, en premier ressort ou en appel, l'objet d'une audition à huis clos; celle-ci a lieu dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la capitale nationale* si le responsable de l'institution fédérale concernée le demande.

(3) During the hearing of an application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application, the head of the government institution concerned shall, on the request of the head of the institution, be given the opportunity to make representations *ex parte*.

Privacy Act

19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1) that was obtained in confidence from

- (a) the government of a foreign state or an institution thereof;
- (b) an international organization of states or an institution thereof;

...

21. The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs, the defence of Canada or any state allied or associated with Canada, as defined in subsection 15(2) of the *Access to Information Act*, or the efforts of Canada toward detecting, preventing or suppressing subversive or hostile activities, as defined in subsection 15(2) of the *Access to Information Act*, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information listed in paragraphs 15(1)(a) to (i) of the *Access to Information Act*.

51. (1) Any application under section 41 or 42 relating to personal information that the head of a government institution has refused to disclose by reason of paragraph 19(1)(a) or (b) or section 21, and any application under section 43 in respect of a file contained in a personal information bank designated as an exempt bank under section 18 to contain files all of which consist predominantly of personal information described in section 21, shall be heard and determined by the Chief Justice of the Federal Court or by any other judge of the Court that the Chief Justice may designate to hear the applications.

(2) An application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application shall

- (a) be heard *in camera*; and
- (b) on the request of the head of the government institution concerned, be heard and determined in the National Capital Region described in the schedule to the *National Capital Act*.

(3) Le responsable de l'institution fédérale concernée a, au cours des auditions, en première instance ou en appel et sur demande, le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie.

Loi sur la protection des renseignements personnels

19. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) qui ont été obtenus à titre confidentiel:

- a) des gouvernements des États étrangers ou de leurs organismes;
- b) des organisations internationales d'États ou de leurs organismes;

[...]

21. Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales, à la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada, au sens du paragraphe 15(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*, ou à ses efforts de détection, de prévention ou de répression d'activités hostiles ou subversives, au sens du paragraphe 15(2) de la même loi, notamment les renseignements visés à ses alinéas 15(1)a) à i).

[...]

51. (1) Les recours visés aux articles 41 ou 42 et portant sur les cas où le refus de donner communication de renseignements personnels est lié aux alinéas 19(1)a) ou b) ou à l'article 21 et sur les cas concernant la présence des dossiers dans chacun desquels dominent des renseignements visés à l'article 21 dans des fichiers inconsultables classés comme tels en vertu de l'article 18 sont exercés devant le juge en chef de la Cour fédérale ou tout autre juge de cette Cour qu'il charge de leur audition.

(2) Les recours visés au paragraphe (1) font, en premier ressort ou en appel, l'objet d'une audition à huis clos; celle-ci a lieu dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la capitale nationale* si le responsable de l'institution fédérale concernée le demande.

(3) During the hearing of an application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application, the head of the government institution concerned shall, on the request of the head of the institution, be given the opportunity to make representations *ex parte*.

(3) Le responsable de l'institution fédérale concernée a, au cours des auditions en première instance ou en appel et sur demande, le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie.

A-273-03

2004 FCA 194

A-273-03

2004 CAF 194

VIA Rail Canada Inc. (Applicant) (Employer)

v.

George Cairns (Respondents) (Employees)

and

**Brotherhood of Locomotive Engineers (Respondent)
(Union)**

and

**Canadian National Railway Company and United
Transportation Union (Respondents) (Intervenors)****INDEXED AS: VIA RAIL CANADA INC. v. CAIRNS (F.C.A.)**Federal Court of Appeal, Rothstein, Evans and Pelletier
J.J.A.—Toronto, November 3 and 4, 2003; Ottawa, May
17, 2004.

Labour Relations — Judicial review of Canada Industrial Relations Board decision imposing terms of employment on VIA Rail Canada Inc. (VIA) and Brotherhood of Locomotive Engineers (BLE) — VIA creating new craft to perform functions of locomotive engineers and conductors — BLE winning vote to represent new craft, entering into memorandum of agreement with VIA — Group of conductors successfully complaining to Board that BLE not fairly representing their interests (Decision 35) — Attempts to resolve outstanding issues not progressing, Board rendering decision under review — Royal Oak Mines Inc. v. Canada describing situations where remedial order patently unreasonable — Board not exceeding jurisdiction by amending Decision 35, taking into account events occurring after date of BLE's breach — Court's decision remitting Decision 35 not precluding Board from exercising jurisdiction — Canada Labour Code, s. 99(1)(b.1) not exhaustive of Board's powers to impose terms, not patently unreasonable for Board to conclude Canada Labour Code, s. 99(2) empowering it to impose terms to remedy breach of duty of fair representation — In exceptional circumstances, not patently unreasonable for Board to impose collective agreement terms on employer, union to remedy breach of duty of fair representation — In case at bar, none of errors described in Royal Oak Mines committed — Board's ability to effectively enforce duty of fair representation strengthening principle of

VIA Rail Canada Inc. (demanderesse) (employeur)

c.

George Cairns (défendeurs) (employés)

et

**La Fraternité des ingénieurs de locomotives
(défenderesse) (syndicat)**

et

**La Compagnie des chemins de fer nationaux du
Canada et Les Travailleurs unis des transports
(défendeurs) (intervenants)****RÉPERTORIÉ: VIA RAIL CANADA INC. c. CAIRNS (C.A.F.)**Cour d'appel fédérale, juges Rothstein, Evans et
Pelletier, J.C.A.—Toronto, 3 et 4 novembre 2003;
Ottawa, 17 mai 2004.

Relations du travail — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Conseil canadien des relations industrielles a imposé des conditions d'emploi à VIA Rail Canada Inc. (VIA) et à la Fraternité des ingénieurs de locomotives (FIL) — VIA a créé un nouveau groupe qui remplirait les fonctions des mécaniciens de locomotive et des chefs de train — La FIL a remporté le scrutin de représentation de la nouvelle unité et a conclu une entente avec VIA — Un groupe de chefs de train a déposé une plainte avec succès devant le Conseil pour faire valoir que la FIL n'avait pas représenté équitablement leurs intérêts (décision 35) — Les efforts des parties pour régler les points en litige n'ayant pas progressé, le Conseil a rendu la décision qui fait l'objet du présent contrôle — L'arrêt Royal Oak Mines Inc. c. Canada décrit les cas où une ordonnance réparatrice sera tenue pour manifestement déraisonnable — Le Conseil n'a pas outrepassé sa compétence lorsqu'il a modifié la décision 35 en tenant compte d'événements survenus après la date à laquelle la FIL a commis son manquement — La décision de la Cour de renvoyer la décision 35 n'a pas empêché le Conseil d'exercer sa compétence — L'art. 99(1)b.1 du Code canadien du travail n'est pas exhaustif à l'égard du pouvoir du Conseil d'imposer des conditions et il n'était pas manifestement déraisonnable de la part du Conseil de conclure que l'art. 99(2) du Code canadien du travail l'habilitait à imposer des conditions remédiant à un manquement au devoir de représentation juste — Dans des

free collective bargaining — Only where Board's order contradicting objects and purposes of Code by striking improper balance among relevant objects and purposes patently unreasonable can Court set aside decision — Board only capable of imposing terms to remedy breach of Code where no other reasonably practicable alternative — Board must be able to impose terms as a last resort to discharge statutory duty to facilitate constructive resolution of disputes, ensure integrity of bargaining process by effectively remedying breaches of duty of fair representation, oversee due implementation of remedial orders — Board's remedy not patently unreasonable, not contradicting objects and purposes of Code — Board's order against VIA not punitive rather than compensatory — "Dovetailing" of seniority lists, portability of seniority, selection of date for establishing seniority not patently unreasonable in view of new labour relations context — Applications dismissed — Per Pelletier J.A. (dissenting): patently unreasonable decision one which "cannot be supported by the relevant legislation" — Code favouring resolution of disputes by collective bargaining — Decision under review effectively removing subject of integration of conductors into ranks of locomotive engineers from collective bargaining — Decision contrary to objects, purposes of Code, not supported by relevant legislation, thus patently unreasonable.

Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Standard of review — Decision of Canada Industrial Relations Board imposing terms of employment on VIA Rail Canada Inc. (VIA) and Brotherhood of Locomotive Engineers (BLE) — Standard of review of adjudicative administrative agency to be determined on basis of pragmatic and functional approach — Jurisdictional issues only one of factors to be considered — Board decisions turning on interpretation of Code normally reviewable for patent unreasonableness — Strong preclusive clauses, broad scope of expertise and relevance of that expertise to interpretation of enabling legislation, and legislative intention that labour disputes be resolved expeditiously by specialist agencies with tailor-made processes and remedial powers, are considerations leading to high degree of deference towards decisions of labour relations boards — Decision under review involving interpretation of

circonstances exceptionnelles, il n'est pas manifestement déraisonnable pour le Conseil d'imposer des conditions de convention collective à un employeur et à un syndicat pour remédier au manquement au devoir de représentation juste — En l'espèce, aucune des erreurs exposées dans l'arrêt Royal Oak Mines n'a été commise — Le pouvoir du Conseil de faire respecter efficacement le devoir de représentation juste renforce le principe de la libre négociation collective — La Cour ne peut annuler une décision que lorsque l'ordonnance du Conseil allait à l'encontre des objectifs du Code en établissant un déséquilibre entre des objectifs pertinents et était manifestement déraisonnable — Le Conseil ne peut imposer de conditions comme réparation à un manquement au Code que dans le cas où il n'y a pas d'autre option faisable pour remédier au manquement — Le Conseil doit être en mesure d'imposer des conditions en dernier ressort pour s'acquitter de l'obligation que lui impose la loi de faciliter le règlement positif des différends, d'assurer l'intégrité de la procédure de négociation en remédiant efficacement aux manquements au devoir de représentation juste et de surveiller la mise en œuvre correcte de ses ordonnances réparatrices — La réparation accordée par le Conseil n'est pas manifestement déraisonnable et ne va pas à l'encontre des objectifs du Code — On ne pouvait pas dire que l'ordonnance du Conseil contre VIA était punitive plutôt que compensatoire — L'«intégration» des listes d'ancienneté, le transfert de l'ancienneté et le choix de la date à partir de laquelle l'ancienneté était calculée n'étaient pas manifestement déraisonnables dans le nouveau contexte des relations du travail — Demandes rejetées — Le juge Pelletier, J.C.A. (dissident): une décision manifestement déraisonnable en est une qui l'est au point de «ne pouvoir s'appuyer sur la législation pertinente» — Le Code favorise le règlement des différends par une négociation collective — La décision sous contrôle a retiré la question de l'intégration des chefs de train dans les rangs de mécaniciens de locomotive du champ de la négociation collective — La décision allant à l'encontre des objectifs du Code et ne pouvant s'appuyer sur la législation pertinente est donc manifestement déraisonnable.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Norme de contrôle — Décision du Conseil canadien des relations industrielles d'imposer des conditions d'emploi à VIA Rail Canada Inc. (VIA) et à la Fraternité des ingénieurs de locomotives (FIL) — La norme de contrôle applicable aux décisions d'un organisme administratif juridictionnel doit être déterminée selon l'analyse pragmatique et fonctionnelle — Les questions de compétence ne sont que l'un des facteurs à prendre en considération — Les décisions du Conseil qui portent sur l'interprétation du Code doivent normalement faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision manifestement déraisonnable — De rigoureuses clauses limitatives, la vaste portée de l'expertise des conseils des relations du travail et la pertinence de cette expertise pour l'interprétation de leur loi habilitante ainsi que l'intention du législateur d'obtenir le règlement rapide des conflits de travail

Board's broadly framed remedial powers, which attract particular deference — Patent unreasonableness applicable standard of review with regard to Board's interpretation of remedial powers — Correctness applicable standard of review with regard to effect of order dismissing judicial review applications of Decision upholding conductors' complaint.

These were two applications for judicial review, heard together, from a decision (*Decision 230*) of the Canada Industrial Relations Board (Board) imposing terms of employment on VIA Rail Canada Inc. (VIA) and the Brotherhood of Locomotive Engineers (BLE).

In 1997, VIA, as part of its *New Era Passenger Operations* initiative (NEPO), eliminated the position of conductor, resulting in the creation of a new craft of operating engineers. These engineers would perform the functions previously performed by locomotive engineers and conductors (known collectively in the industry as running trades). The two bargaining units of these running trades were consolidated and the BLE (which represented the locomotive engineers before the creation of the new craft) won the vote to represent the operating engineers. In 1998, the BLE and VIA entered into a memorandum of agreement on the implementation of the NEPO, to which was appended a Crew Consist Adjustment Agreement (CCAA). This memorandum was ratified by the BLE's membership, but a group of conductors filed a complaint with the Board alleging that the BLE had not fairly represented their interests. The Board upheld the conductors' complaint (*Decision 35*), and VIA and the BLE's application for judicial review of that decision was unsuccessful (*VIA I*). An arbitrator was appointed by the Board to undertake a mediation-arbitration process and issue an award on the disputed items in the CCAA. This process did not resolve the outstanding issues and, after having extended the arbitrator's mandate on two occasions, the Board decided not to extend the mandate for a third time. As attempts to resolve the disputed items in accordance with the Board's order in *Decision 35* were not progressing, the Board set a date for a hearing concerning the appropriate remedies for implementing the rest of the order in *Decision 35*. The Board rendered its decision on this matter on May 15, 2003, when it issued *Decision 230*. VIA and the BLE both applied for judicial review of this decision, alleging that it was beyond the Board's jurisdiction. They asserted that the Board's order violated the right of a union and an employer to settle the

par des organismes spécialisés, dotés de procédures spécifiquement adaptées et de pouvoirs de réparation, sont des considérations qui poussent à un degré élevé de retenue à l'égard des décisions des conseils des relations du travail — La décision visée par le contrôle comporte l'interprétation du pouvoir de réparation du Conseil qui est défini de manière très large, ce qui commande une retenue particulière — La norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable est celle qui s'applique à l'interprétation des pouvoirs de réparation du Conseil — La décision correcte est la norme de contrôle pour trancher l'effet de l'ordonnance rejetant les demandes de contrôle judiciaire de la décision faisant droit à la plainte des chefs de train.

Les deux demandes de contrôle judiciaire, qui ont été entendues ensemble, portent sur une décision (*la décision 230*) par laquelle le Conseil canadien des relations industrielles (le Conseil) a imposé des conditions d'emploi à VIA Rail Canada Inc. (VIA) et à la Fraternité des ingénieurs de locomotives (FIL).

En 1997, VIA a annoncé, dans son document intitulé *Une ère nouvelle pour les services voyageurs* (ENSV), l'abolition du poste de chef de train, ce qui a entraîné la création d'un nouveau groupe de mécaniciens d'exploitation. Ces mécaniciens rempliraient les fonctions auparavant exécutées par les mécaniciens de locomotive et les chefs de train (collectivement désignés dans l'industrie comme personnel itinérant). Les deux unités de négociation du personnel itinérant ont été fusionnées et la FIL (qui représentait les mécaniciens de locomotive avant la création du nouveau groupe) a remporté le scrutin de représentation des mécaniciens d'exploitation. En 1998, la FIL et VIA ont conclu une entente relative à la mise en œuvre de l'ENSV, à laquelle était annexée une entente sur la composition des équipes (ECE). L'entente (relative à la mise en œuvre de l'ENSV) a été ratifiée par les membres de la FIL, mais un groupe de chefs de train a présenté une plainte au Conseil en faisant valoir que la FIL n'avait pas représenté équitablement leurs intérêts. Le Conseil a fait droit à la plainte des chefs de train (*la décision 35*) et la demande qu'ont présentée VIA et la FIL pour obtenir le contrôle judiciaire de cette décision a été rejetée (*VIA I*). Le Conseil a nommé un arbitre et l'a chargé d'entreprendre la médiation-arbitrage et de rendre une décision sur les points litigieux de l'ECE. Cette procédure n'a pas réglé les questions encore en litige et, après avoir prolongé à deux reprises le mandat de l'arbitre, le Conseil a décidé de ne pas le prolonger une troisième fois. Comme les efforts faits pour régler les points en litige conformément à l'ordonnance du Conseil dans *la décision 35* ne progressaient pas, le Conseil a fixé une date pour la tenue d'une audience concernant les réparations appropriées liées à la mise en œuvre des autres éléments de l'ordonnance comprise dans *la décision 35*. Le Conseil a rendu sa décision sur cette question le 15 mai 2003, par la

terms and conditions of employment through free collective bargaining.

Held (Pelletier J.A. dissenting), the applications should be dismissed.

Per Evans J.A. (Rothstein J.A. concurring): The standard of review applicable to decisions of an adjudicative administrative agency must always be determined on the basis of a pragmatic and functional analysis. Jurisdictional issues play a much reduced role in determining the standard of review applicable to the impugned aspect of a tribunal's decision, but they are still relevant as one of the factors to be considered as part of the pragmatic and functional analysis. But such an analysis was unnecessary as the Supreme Court of Canada and the Federal Court of Appeal have regularly concluded that decisions of the Board turning on the interpretation of the Code are normally reviewable only for patent unreasonableness. The following considerations have led to a high degree of deference towards decisions of labour relations boards: strong preclusive clauses, the broad scope of their expertise and the relevance of that expertise to the interpretation of their enabling legislation, and the legislative intention that labour disputes should be resolved expeditiously by specialist agencies with tailor-made processes and remedial powers. In the instant case, the Board's interpretation of its remedial powers under section 99 of the *Canada Labour Code* (Code) was not reviewable on a less deferential standard than applies to its interpretation of most other provisions of the Code. The Board's remedial powers are framed very broadly, and its interpretation of these powers attracts particular deference, the Board having more expertise than the courts on these matters. Despite the jurisdictional aspects of the question in the case at bar, the other elements of the analysis pointed to a high degree of deference and the Board's interpretation of its remedial powers was reviewable on a standard of patent unreasonableness. However, the standard of review for determining the effect of the order in *VIA I* dismissing the applications for judicial review of *Decision 35* was correctness. In *Royal Oak Mines Inc. v. Canada*, the Supreme Court of Canada stated that a remedial order would be considered patently unreasonable where: (1) the remedy is punitive in nature; (2) the remedy granted infringes the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; (3) there is no rational connection between the breach, its consequences, and the remedy; and (4) the remedy contradicts the objects and purposes of the Code.

publication de la *décision 230*. VIA et la FIL ont demandé le contrôle judiciaire de cette décision en alléguant qu'elle excédait la compétence du Conseil. Elles ont affirmé que l'ordonnance allait à l'encontre du droit du syndicat et de l'employeur d'établir les conditions d'emploi par la libre négociation collective.

Arrêt (le juge Pelletier, J.C.A., dissident): les demandes doivent être rejetées.

Le juge Evans, J.C.A. (le juge Rothstein, J.C.A., souscrivant à ses motifs): La norme de contrôle applicable aux décisions d'un organisme administratif juridictionnel doit toujours être déterminée selon l'analyse pragmatique et fonctionnelle. Les questions de compétence jouent un rôle beaucoup moins grand dans l'établissement de la norme de contrôle applicable au point attaqué de la décision d'un tribunal, mais elles demeurent pertinentes puisqu'elles sont l'un des facteurs à prendre en considération dans le cadre de l'analyse pragmatique et fonctionnelle. Une telle analyse était toutefois inutile puisque la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel fédérale ont régulièrement conclu que les décisions du Conseil en matière d'interprétation du Code ne sont normalement susceptibles de contrôle qu'en raison du caractère manifestement déraisonnable de la décision. Les considérations suivantes ont poussé à un degré élevé de retenue judiciaire à l'égard des décisions des conseils des relations de travail: de rigoureuses clauses limitatives, la vaste portée de leur expertise et la pertinence de cette expertise pour l'interprétation de leur loi habilitante ainsi que l'intention du législateur d'obtenir le règlement rapide des conflits de travail par des organismes spécialisés, dotés de procédures spécifiquement adaptées et de pouvoirs de réparation. En l'espèce, l'interprétation que donne le Conseil de son pouvoir de réparation en vertu de l'article 99 du *Code canadien du travail* (le Code) ne devait pas faire l'objet d'un contrôle selon une norme exigeant une retenue moindre que celle qui s'applique à son interprétation de la plupart des autres dispositions du Code. Le pouvoir de réparation du Conseil est défini de manière très large et l'interprétation de ce pouvoir de réparation commande une retenue particulière le Conseil possédant davantage d'expertise que les tribunaux sur ces questions. Bien que la question en litige comporte un aspect de compétence, les autres éléments de l'analyse militaient en faveur d'un degré élevé de retenue et l'interprétation de son pouvoir de réparation par le Conseil devait être contrôlée selon la norme de la décision manifestement déraisonnable. Toutefois, la norme de contrôle pour trancher l'effet de l'ordonnance dans l'arrêt *VIA I* qui rejette les demandes de contrôle judiciaire de la *décision 35* était celle de la décision correcte. Dans l'arrêt *Royal Oak Mines Inc. c. Canada*, la Cour suprême du Canada a dit qu'une ordonnance réparatrice sera tenue pour manifestement déraisonnable: 1) lorsque la réparation est de nature punitive; 2) lorsque la réparation accordée porte atteinte à la *Charte*

As to whether the Board exceeded its jurisdiction in *Decision 230* by amending the order in *Decision 35*, in the latter decision, the Board expressly reserved jurisdiction in the event that the parties could not resolve the issues arising from the remedial order. This reservation authorized the Board to implement the order that it had granted in *Decision 35*, and to make consequential amendments. As such, the Board was not *functus officio*. The decision in *VIA I* remitting *Decision 35* directed the Board to set a later date for the parties to resolve the outstanding issues. In all other respects, the application for judicial review was dismissed. *VIA I* could not be taken to have precluded the Board from exercising the jurisdiction that it had reserved for itself in *Decision 35*. Furthermore, the Board did not exceed its jurisdiction when it took into account events that had occurred after the date of the BLE's breach of the Code, i.e. subsequent to *Decision 35*. Labour relations boards must be able to take account of changing circumstances. To hold otherwise would thwart Parliament's purpose in granting broad and flexible remedial powers to the Board. It was thus not patently unreasonable for the Board in *Decision 230* to have had regard to events subsequent to the BLE's breach of the Code. None of the errors enumerated in *Royal Oak Mines* were committed.

It was not patently unreasonable for the Board to have concluded that subsection 99(2) of the Code empowers it to impose terms to remedy a breach of the duty of fair representation in the bargaining process. Nor was it patently unreasonable for the Board to conclude that the power to make a remedial order under subsection 99(2) "in respect of any contravention of any provision" permitted it to include VIA in its order. Although a breach of the duty of fair representation can only be committed by a union, VIA was implicated in the breach, had participated actively in all the proceedings spawned by the conductors' initial complaint to the Board of the BLE's breach of the duty of fair representation, and had not complied with *Decision 35*. Paragraph 99(1)(b.1), which expressly confers on the Board a power to impose terms in defined circumstances, was not intended to be exhaustive of the Board's power to impose terms and thus to narrow the scope of subsection 99(2) so as to preclude the Board from ever resorting to that provision in order to impose terms to remedy a breach of the duty of fair representation. In exceptional circumstances, it may not be patently unreasonable for the Board to impose terms of a collective agreement on an employer and a union to remedy a union's breach of the duty

canadienne des droits et libertés; 3) lorsqu'il n'y a pas de lien rationnel entre la violation, ses conséquences et la réparation; et 4) lorsque la réparation va à l'encontre des objectifs du Code.

Pour ce qui est de savoir si le Conseil a outrepassé sa compétence dans la *décision 230* en modifiant l'ordonnance rendue dans la *décision 35*, il s'est expressément réservé le droit dans cette dernière décision de se ressaisir de certaines questions découlant de l'ordonnance de réparation dans le cas où les parties ne parvenaient pas à les régler, ce qui l'autorisait à mettre en œuvre l'ordonnance rendue dans la *décision 35* et à y apporter toute modification corrélative. C'est pourquoi le Conseil n'était pas dessaisi de l'affaire. La décision dans l'arrêt *VIA I* de renvoyer la *décision 35* exigeait que le Conseil fixe une date ultérieure pour le règlement par les parties des questions encore en litige. La demande de contrôle judiciaire a été rejetée à tous les autres égards. L'arrêt *VIA I* ne peut être interprété comme interdisant au Conseil d'exercer la compétence qu'il s'était réservé dans la *décision 35*. De plus, le Conseil n'a pas outrepassé sa compétence lorsqu'il a tenu compte d'événements survenus après la date à laquelle la FIL a commis le manquement au Code, c.-à-d. après la *décision 35*. Les conseils des relations du travail doivent être en mesure de prendre en compte l'évolution des circonstances. Conclure autrement irait à l'encontre de l'intention du législateur qui a conféré au Conseil un pouvoir de réparation large et souple. Il n'était donc pas manifestement déraisonnable que le Conseil, dans la *décision 230*, tienne compte d'événements postérieurs au manquement au Code de la FIL. Aucune des erreurs exposées dans l'arrêt *Royal Oak Mines* n'a été commise.

Il n'était pas manifestement déraisonnable que le Conseil conclue que le paragraphe 99(2) du Code lui confère le pouvoir de prescrire des conditions à titre de réparation au manquement au devoir de représentation juste dans le cadre de la négociation collective. Il n'était pas non plus manifestement déraisonnable pour le Conseil de conclure que le pouvoir de rendre une ordonnance de réparation en vertu du paragraphe 99(2) «en plus [...] de toute ordonnance visée au paragraphe (1)» l'autorisait à inclure VIA dans l'ordonnance de réparation. Même si un manquement au devoir de représentation juste ne peut être le fait que d'un syndicat, VIA a participé au manquement, a pris part activement à toutes les procédures déclenchées par la plainte initiale des chefs de train au Conseil au sujet du manquement de la FIL à son devoir de représentation juste et n'a pas mis en œuvre la *décision 35*. L'alinéa 99(1)(b.1), qui confère expressément au Conseil le pouvoir d'imposer des conditions dans des circonstances déterminées, ne visait pas à être exhaustif à l'égard du pouvoir du Conseil d'imposer des conditions et donc à restreindre la portée du paragraphe 99(2) de manière à empêcher le Conseil d'avoir exceptionnellement recours à cette disposition pour imposer des conditions remédiant à un manquement au devoir

of fair representation. Applying the *Royal Oak Mines* test, it could not be said that there was “no rational relationship between the breach, its consequences and the remedy”, as VIA had engaged in a course of conduct with respect to the conductors that was censured by the Board. The remedy did not contradict the objects and purposes of the Code. As noted in *Royal Oak Mines*, the encouragement of free collective bargaining is not the only object and purpose of the Code, and does not necessarily trump all others. The encouragement of the constructive settlement of disputes is another relevant object which can be found in the Preamble of the Code. It was equally relevant in this case as the parties had been unable to resolve their dispute by agreement. Furthermore, in this case, the conductors were denied their right to free collective bargaining as the BLE had disregarded their interests and aspirations. The Board’s ability to effectively enforce the duty of fair representation thus strengthened the principle of free collective bargaining. The Court should only set aside a decision on the ground that the Board’s order contradicted the objects and purposes of the Code by striking an improper balance among relevant objects and purposes if the order was patently unreasonable, in view of both the importance of encouraging free collective bargaining and the facts of the case.

As to whether it was patently unreasonable for the Board, in all the circumstances, to have imposed terms dealing with the three contentious items in the CCAA, rather than permitting the consensual mediation-arbitration process conducted by the arbitrator to run its course, three aspects of the dispute were considered: its context, the feasibility of the parties’ settling the disputed items without further delay, and the terms imposed by the Board on VIA and the BLE. In light of these aspects, and keeping in mind that the Board may only impose terms to remedy a breach of the Code when there is no other reasonably practicable alternative if a serious breach of the Code is to be effectively remedied, the Board’s remedy was not patently unreasonable. The Board clearly recognized the importance of free collective bargaining, but despite a number of attempts, the parties had been unable to produce tangible results. The situation facing the Board raised labour issues of complexity and intractability, and in view of the limited progress that had been made, it was not patently unreasonable for the Board to have concluded that there was no realistic possibility that the dispute would soon be resolved. The Board must be able to impose terms as a last resort if it is to discharge its statutory duty to facilitate the constructive resolution of disputes, to ensure the integrity of the bargaining process by effectively remedying breaches of the duty of fair

de représentation juste. Dans des circonstances exceptionnelles, il peut ne pas être manifestement déraisonnable pour le Conseil d’imposer des conditions de convention collective à un employeur et à un syndicat pour remédier au manquement du syndicat à son devoir de représentation juste. Si on applique l’arrêt *Royal Oak Mines*, on ne peut pas dire qu’il n’y avait «aucun lien rationnel entre la violation, ses conséquences et la réparation» puisque VIA s’était conduite à l’égard des chefs de train d’une manière qui a été condamnée par le Conseil. La réparation n’allait pas à l’encontre des objectifs du Code. Comme l’a souligné la Cour dans l’arrêt *Royal Oak Mines*, l’encouragement de la pratique des libres négociations collectives n’est pas le seul objectif du Code et n’éclipse pas nécessairement tous les autres. L’encouragement du règlement positif des différends est un autre objectif pertinent qui figure dans le préambule du Code. Cet objectif était également pertinent en l’espèce puisque les parties ont été incapables de régler leur différend par une entente. De plus, en l’espèce, les chefs de train ont été privés de leur droit de libre négociation collective puisque la FIL n’a pas tenu compte de leurs intérêts et de leurs aspirations. Le pouvoir du Conseil de faire respecter efficacement le devoir de représentation juste a donc renforcé le principe de la libre négociation collective. La Cour ne doit annuler une décision qu’au motif que l’ordonnance du Conseil allait à l’encontre des objectifs du Code en établissant un déséquilibre entre des objectifs pertinents, si l’ordonnance était manifestement déraisonnable, à la lumière à la fois de l’importance d’encourager la libre négociation collective et des faits de l’espèce.

Pour ce qui est de la question de savoir s’il était manifestement déraisonnable pour le Conseil, au vu de l’ensemble des circonstances, d’imposer des conditions concernant les trois points litigieux de l’ECE plutôt que d’autoriser la poursuite de la procédure consensuelle de médiation-arbitrage dirigée par l’arbitre, trois aspects du différend ont été examinés: le contexte, la faisabilité du règlement des points en litige par les parties sans nouveau retard indu et les conditions imposées par le Conseil à VIA et à la FIL. Compte tenu de ces aspects ainsi que du fait que le Conseil ne peut imposer de conditions comme réparation à un manquement au Code que dans le cas où il n’y a pas d’autre option faisable pour remédier efficacement à un manquement grave au Code, la réparation du Conseil n’était pas manifestement déraisonnable. Le Conseil a sans ambiguïté reconnu l’importance de la libre négociation collective mais, malgré de nombreuses tentatives, les parties ont été incapables d’obtenir des résultats concrets. La situation à laquelle le Conseil avait affaire soulevait des questions de relations du travail d’un caractère complexe et insoluble et, compte tenu du peu de progrès enregistrés, il n’était pas manifestement déraisonnable qu’il conclue à l’absence d’une réelle possibilité d’un règlement imminent du différend. Le Conseil doit être en mesure d’imposer des conditions en dernier ressort s’il doit

representation, and to oversee the due implementation of its remedial orders. The Board did not obviously misinterpret a provision of its enabling statute, make a material and totally unsupported finding of fact, ignore a factor that Parliament obviously intended the Board to consider, or take into account a manifestly irrelevant consideration. The standard of patent unreasonableness assigns a very limited review role to the Court. This standard focusses on the “immediacy or obviousness” of the defect of the decision under review and has also been said to invalidate only those administrative decisions that “almost border on the absurd”. The Board’s imposition of terms pursuant to the broad powers conferred by subsection 99(2) was not patently unreasonable in either sense, and therefore did not contradict the objects and purposes of the Code.

As to the Board’s order that VIA pay compensation, in the absence of evidence about the amount that VIA was potentially liable to pay, the Board’s order was not punitive. There was a rational relationship between the compensation ordered by the Board, and the union’s breach of the duty of fair representation and its consequences.

Finally, it was not patently unreasonable for the Board to provide for the “dovetailing” of the seniority lists, the portability of seniority, and the selection of the date from which seniority is established in view of the new labour relations context created at the instance of VIA and the fact that working out the seniority consequences of the amalgamation of two crafts is a complex, technical and delicate exercise in the regulation of labour relations.

Per Pelletier J.A. (dissenting): A patently unreasonable decision is one which “cannot be supported by the relevant legislation”. The decision under review could not be rationally supported by the relevant legislation because it was contrary to the objects and purposes of the Code. The Board’s order effectively removed the subject of the integration of the conductors into the ranks of the locomotive engineers from collective bargaining in the sense that the employer and the union cannot agree to depart from the terms of the order. To the extent that the objects and purposes of the Code favour the resolution of disputes by collective bargaining whose results are reflected in a collective agreement, those objects were not satisfied. The alienation of the conductors from their union was institutionalized, and the enforcement of the Board’s order will now be a matter between the conductors and the Board since it will not be enforceable through the grievance/arbitration

s’acquitter de l’obligation que lui impose la loi de faciliter le règlement positif des différends, afin d’assurer l’intégrité de la procédure de négociation en remédiant efficacement aux manquements au devoir de réparation juste, et de surveiller la mise en œuvre correcte de ses ordonnances réparatrices. Le Conseil n’a pas manifestement mal interprété une disposition de sa loi habilitante, tiré une conclusion de fait importante totalement non fondée, omis de tenir compte d’un facteur que le législateur voulait manifestement qu’il considère ou tenu compte d’une considération manifestement non pertinente. Selon la norme de la décision manifestement déraisonnable, un rôle très limité est attribué à la fonction de révision de la Cour. Cette norme est axée sur «le caractère flagrant et évident» du défaut de la décision sous contrôle et on a également dit qu’elle n’invalide que les décisions administratives «frôlant l’absurde». L’imposition de conditions par le Conseil en vertu des larges pouvoirs conférés par le paragraphe 99(2) n’était pas manifestement déraisonnable dans l’un ou l’autre sens et, par conséquent, n’allait pas à l’encontre des objectifs du Code.

Quant au fait que le Conseil a ordonné à VIA de verser un dédommagement, en l’absence d’éléments de preuve sur la somme que VIA était potentiellement tenue de payer, cette ordonnance n’était pas punitive. Il y avait un lien rationnel entre le dédommagement ordonné par le Conseil et le manquement du syndicat à son devoir de représentation juste ainsi que ses conséquences.

Enfin, il n’était pas manifestement déraisonnable pour le Conseil de prévoir l’«intégration» des listes d’ancienneté, le transfert de l’ancienneté et le choix de la date à partir de laquelle l’ancienneté est calculée compte tenu du nouveau contexte des relations du travail créé à l’initiative de VIA ainsi que du fait qu’aménager les conséquences de la fusion de ces deux groupes sur le plan de l’ancienneté est un exercice complexe, technique et délicat de réglementation des relations du travail.

Le juge Pelletier, J.C.A. (dissent): Une décision manifestement déraisonnable en est une qui l’est au point de «me pouvoir rationnellement s’appuyer sur la législation pertinente». La décision qui fait l’objet du contrôle est une décision qui ne peut s’appuyer rationnellement sur la législation pertinente car elle va à l’encontre des objectifs du Code. L’ordonnance du Conseil a effectivement exclu de la négociation la question de l’intégration des chefs de train dans les rangs des mécaniciens de locomotive dans la mesure où l’employeur et le syndicat ne peuvent convenir de déroger aux conditions de l’ordonnance. Dans la mesure où les objectifs du Code favorisent le règlement des différends par une négociation collective dont les résultats se reflètent dans la convention collective, ces objectifs n’ont pas été atteints. La désaffectation des chefs de train vis-à-vis de leur syndicat a été consacrée officiellement et la mise en œuvre de l’ordonnance

procedure found in the collective agreement. The advancement of collective bargaining and the constructive resolution of disputes are the foundations upon which the balance of the Code rests. The decision under review ought to have been set aside, as it was "so flawed that no amount of curial deference [could] justify letting it stand". Even if the Board was required to intervene at the time it did, it was not required to intervene in the way it did. As for the Board's decision to terminate the arbitrator's mandate, that decision was unreasonable for two reasons: (1) the deadlines imposed on the arbitrator were arbitrary; and (2) the Board appeared to have overlooked the fact that the arbitrator's mandate included not only mediation but also interest arbitration. At a minimum, the Board should have directed the arbitrator to proceed to the arbitration phase of his mandate.

du Conseil sera désormais une affaire entre les chefs de train et le Conseil car l'ordonnance ne pourra être rendue exécutoire par la procédure de plainte et d'arbitrage prévue à la convention collective. La promotion de la négociation collective et du règlement positif des différends sont les fondements sur lesquels repose le reste du Code. La décision qui fait l'objet du contrôle aurait dû être annulée parce qu'elle est «à ce point viciée qu'aucun degré de déférence judiciaire ne [pourrait] justifier de la maintenir». Même si le Conseil était tenu d'intervenir au moment où il l'a fait, il n'était pas tenu de le faire de cette manière. Quant à la décision du Conseil de mettre fin au mandat de l'arbitre, elle était déraisonnable pour deux motifs: 1) les délais imposés à l'arbitre étaient arbitraires et 2) le Conseil semble avoir oublié le fait que le mandat de l'arbitre comportait non seulement la médiation, mais également l'arbitrage des différends. Le Conseil aurait au minimum dû demander à l'arbitre d'engager l'étape d'arbitrage de son mandat.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, Preamble, ss. 18, 22(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 56; 2002, c. 8, s. 182), (2)(a),(b), 37, 50(b), 99(1) (as am. by S.C. 1998, c. 26, s. 45), (b), (b.1) (as am. *idem*), (2).
- 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].
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), (a) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
- Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247; (2003), 257 N.B.R. (2d) 207; 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; *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; *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, [2004] 1 S.C.R. 727; (2004), 348 A.R. 1; 238 D.L.R. (4th)

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].
- Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, préambule, art. 18, 22(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 56; 2002, ch. 8, art. 182), 2a), b), 37, 50b), 99(1) (mod. par L.C. 1998, ch. 26, art. 45), b), b.1) (mod., *idem*), (2).
- Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, ch. L-1.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(4) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), a) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247; (2003), 257 N.B.R. (2d) 207; 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; *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; *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, [2004] 1 R.C.S. 727; (2004), 348 A.R. 1; 238 D.L.R. (4th)

385; [2004] 7 W.W.R. 1; 11 Admin. L.R. (4th) 1; 26 Alta. L.R. (4th) 201; 319 N.R. 201 (on the issue of the application of the pragmatic and functional analysis); *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369; (1996), 133 D.L.R. (4th) 129; 36 Admin. L.R. (2d) 1; 96 CLLC 210-011; 193 N.R. 81; *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793; (1997), 144 D.L.R. (4th) 577; 8 Admin. L.R. (3d) 89; 210 N.R. 101.

DISTINGUISHED:

Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College, [2004] 1 S.C.R. 727; (2004), 348 A.R. 1; 238 D.L.R. (4th) 385; [2004] 7 W.W.R. 1; 11 Admin. L.R. (4th) 1; 26 Alta. L.R. (4th) 201; 319 N.R. 201 (on the issue of the appropriate standard of review).

CONSIDERED:

Cairns (Re), [1999] CIRB No. 35; [1999] C.I.R.B.D. No. 35 (QL); *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; (1993), 102 D.L.R. (4th) 609; 14 Admin. L.R. (2d) 1; 93 CLLC 14,032; 152 N.R. 1; 63 O.A.C. 1; *VIA Rail Canada Inc. (Re)*, [2002] CIRB No. 163; [2002] C.I.R.B.D. No. 10 (QL); *VIA Rail Canada Inc.* (1997), 38 C.L.R.B.R. (2d) 124; 104 di 67; *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union et al.*, [1984] 1 S.C.R. 269; (1984), 9 D.L.R. (4th) 10; 84 CLLC 14,037; 53 N.R. 203; *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; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209; 26 N.R. 341.

REFERRED TO:

VIA Rail Canada Inc. v. Cairns, [2001] 4 F.C. 139; (2001), 270 N.R. 237 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [2001] C.S.C.R. n° 338 (QL); *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; *Canada (Attorney General) v. Georgian College of Applied Arts and Technology*, [2003] 4 F.C. 525; (2003), 228 D.L.R. (4th) 201; 2 Admin. L.R. (4th) 24; 305 N.R. 275 (C.A.); *VIA Rail Canada Inc. (Re)* (1998), 25 C.L.R.B.R. (2d) 150; 107 di 92; *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609;

385; [2004] 7 W.W.R. 1; 11 Admin. L.R. (4th) 1; 26 Alta. L.R. (4th) 201; 319 N.R. 201 (sur la question de l'application de l'analyse pragmatique et fonctionnelle); *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; (1996), 133 D.L.R. (4th) 129; 36 Admin. L.R. (2d) 1; 96 CLLC 210-011; 193 N.R. 81; *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793; (1997), 144 D.L.R. (4th) 577; 8 Admin. L.R. (3d) 89; 210 N.R. 101.

DÉCISION DISTINCTE:

Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College, [2004] 1 R.C.S. 727; (2004), 348 A.R. 1; 238 D.L.R. (4th) 385; [2004] 7 W.W.R. 1; 11 Admin. L.R. (4th) 1; 26 Alta. L.R. (4th) 201; 319 N.R. 201 (sur la question de la norme de contrôle applicable).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Cairns (Re), [1999] CCRI n° 35; [1999] D.C.C.R.I. n° 35 (QL); *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; (1993), 102 D.L.R. (4th) 609; 14 Admin. L.R. (2d) 1; 93 CLLC 14,032; 152 N.R. 1; 63 O.A.C. 1; *VIA Rail Canada Inc. (Re)*, [2002] CCRI n° 163; [2002] D.C.C.R.I. n° 10 (QL); *VIA Rail Canada Inc.* (1997), 38 C.L.R.B.R. (2d) 124; 104 di 67; *Banque nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce et autre*, [1984] 1 R.C.S. 269; (1984), 9 D.L.R. (4th) 10; 84 CLLC 14,037; 53 N.R. 203; *Canada (Directeur des enquêtes et recherche) 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; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209; 26 N.R. 341.

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

VIA Rail Canada Inc. c. Cairns, [2001] 4 C.F. 139; (2001), 270 N.R. 237 (C.A.); autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée [2001] C.S.C.R. n° 338 (QL); *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; *Canada (Procureur général) c. Georgian College of Applied Arts and Technology*, [2003] 4 C.F. 525; (2003), 228 D.L.R. (4th) 201; 2 Admin. L.R. (4th) 24; 305 N.R. 275 (C.A.); *VIA Rail Canada Inc. (Re)* (1998), 25 C.L.R.B.R. (2d) 150; 107 di 92; *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers'*

(2004), 346 A.R. 201; 238 D.L.R. (4th) 217; [2004] 7 W.W.R. 411; 318 N.R. 332.

APPLICATIONS for judicial review from a decision of the Canada Industrial Relations Board (*Cairns (Re)*), [2003] CIRB No. 230; [2003] C.I.R.B.D. No. 20 (QL)), imposing terms of employment on VIA Rail Canada Inc. and the Brotherhood of Locomotive Engineers. Applications dismissed, Pelletier J.A. dissenting.

APPEARANCES:

John A. Campion, Jean H. Lafleur, Robert J. Cooper and *Louise Béchamp* for applicant (employer).

Douglas J. Wray and *Michael A. Church* for respondent (intervener) United Transportation Union.

Phillip G. Hunt and *Graham E. S. Jones* for respondent (union) Brotherhood of Locomotive Engineers.

Michael F. Horvat for respondent (intervener) Canadian National Railway Company.

Pascale-Sonia Roy and *Susan L. Nicholas* for Canada Industrial Relations Board.

SOLICITORS OF RECORD:

Fasken Martineau DuMoulin LLP, Toronto, and *Fasken Martineau DuMoulin LLP*, Montréal, for applicant (employer).

CaleyWray, Toronto, for respondent (intervener) United Transportation Union.

Shields & Hunt, Ottawa, for respondent (union) Brotherhood of Locomotive Engineers.

Ogilvy Renault, Montréal, for respondent (intervener) Canadian National Railway Company.

Legal Services for Canada Industrial Relations Board.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

Union, Local 92, [2004] 1 R.C.S. 609; (2004), 346 A.R. 201; 238 D.L.R. (4th) 217; [2004] 7 W.W.R. 411; 318 N.R. 332.

DEMANDES de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Conseil canadien des relations industrielles (*Cairns (Re)*), [2003] CCRI n° 230; [2003] D.C.C.R.I. n° 20 (QL)), a imposé des conditions d'emploi à VIA Rail Canada Inc. et à la Fraternité des ingénieurs de locomotives. Demandes rejetées, le juge Pelletier étant dissident.

ONT COMPARU:

John A. Campion, Jean H. Lafleur, Robert J. Cooper et *Louise Béchamp* pour la demanderesse (employeur).

Douglas J. Wray et *Michael A. Church* pour le défendeur (partie intervenante), les Travailleurs unis des transports.

Phillip G. Hunt et *Graham E. S. Jones* pour la défenderesse (syndicat), la Fraternité des ingénieurs de locomotives.

Michael F. Horvat pour la défenderesse (partie intervenante), la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

Pascale-Sonia Roy et *Susan L. Nicholas* pour le Conseil canadien des relations industrielles.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Fasken Martineau DuMoulin LLP (Toronto) et *Fasken Martineau DuMoulin LLP* (Montréal), pour la demanderesse (employeur).

CaleyWray (Toronto), pour le défendeur (intervenant), les Travailleurs unis des transports.

Shields & Hunt (Ottawa), pour la défenderesse (syndicat), la Fraternité des ingénieurs de locomotives.

Ogilvy Renault (Montréal), pour la défenderesse (intervenante), la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

Services juridiques pour le Conseil canadien des relations industrielles.

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

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] In 1999, the Canada Industrial Relations Board (the Board) upheld a complaint by a group of conductors employed by VIA Rail Canada Inc. (VIA) that their union, the Brotherhood of Locomotive Engineers (BLE), breached its statutory duty of fair representation in negotiating three items of a collective agreement with VIA. When the parties' attempts to resolve the disputed items in accordance with the Board's order were not progressing to the satisfaction of the conductors, the conductors returned to the Board for assistance.

[2] After a hearing, the Board imposed terms of employment on VIA and the BLE. This order supplanted the provisions in the collective agreement on which the Board had based its finding that the BLE had failed fairly to represent the conductors: *Cairns (Re)*, [2003] CIRB No. 230; [2003] C.I.R.B.D. No. 20 (QL) (*Decision 230*).

[3] VIA and the BLE have applied to this Court for judicial review of *Decision 230*, alleging that it is beyond the Board's jurisdiction. They assert that the order violates a fundamental principle of labour relations in Canada, namely the right of a union and an employer to settle the terms and conditions of employment through free collective bargaining.

[4] The applicants say that the duty of fair representation is procedural in nature and does not mandate any particular outcome to negotiations between a union and an employer. They argue that, if the Board was not satisfied that VIA and the BLE had effectively remedied the union's breach of the duty of fair representation, it should have required them to continue with the mediation-arbitration process ordered by the Board, to which they and the conductors had agreed.

[5] Whether the Board has the power to impose terms to remedy a breach of this essentially procedural duty is, the applicants submit, a jurisdictional question, which

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[1] En 1999, le Conseil canadien des relations industrielles (le Conseil) a fait droit à la plainte d'un groupe de chefs de train employés par VIA Rail Canada Inc. (VIA), faisant valoir que leur syndicat, la Fraternité des ingénieurs de locomotives (FIL), avait manqué à son obligation légale de représentation juste en négociant trois points d'une convention collective avec VIA. Comme les efforts des parties pour régler les points en litige conformément à l'ordonnance du Conseil ne progressaient pas d'une manière satisfaisante pour les chefs de train, ceux-ci sont revenus devant le Conseil pour obtenir de l'aide.

[2] Au terme d'une audience, le Conseil a imposé des conditions d'emploi à VIA et à la FIL. Cette ordonnance remplaçait les dispositions de la convention collective sur lesquelles le Conseil s'était fondé pour conclure que la FIL avait manqué à son obligation de représentation juste des chefs de train: *Cairns (Re)*, [2003] CCRI n° 230; [2003] D.C.C.R.I. n° 20 (QL) (*la décision 230*).

[3] VIA et la FIL ont présenté des demandes à la Cour pour obtenir le contrôle judiciaire de la *décision 230*, alléguant que cette décision excède la compétence du Conseil. Elles affirment que l'ordonnance va à l'encontre d'un principe fondamental des relations du travail au Canada, soit le droit du syndicat et de l'employeur d'établir les conditions d'emploi par la libre négociation collective.

[4] Les demanderessees disent que le devoir de représentation juste est de nature procédurale et ne prescrit aucun résultat particulier dans les négociations entre un syndicat et un employeur. Elles soutiennent que si le Conseil n'a pas été persuadé que VIA et la FIL avaient effectivement remédié au manquement du syndicat à son devoir de représentation juste, il aurait dû exiger qu'elles poursuivent la procédure de médiation-arbitrage ordonnée par le Conseil, dont avaient convenu VIA, la FIL et les chefs de train.

[5] Le pouvoir du Conseil d'imposer des conditions afin de remédier à un manquement à ce devoir de nature essentiellement procédurale, soutiennent les demande-

the Board must therefore answer correctly if its decision is to withstand judicial review. Moreover, VIA argues, the Board had no authority to impose a remedy on it in proceedings in which it had not been found in breach of any provision of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2.

[6] The conductors, on the other hand, argue that the principle of free collective bargaining is not absolute, but must be weighed against other objectives of the Code, including the constructive settlement of labour disputes and the protection of employees from their bargaining agent's failure to fairly have regard to the interests of all members of a collective bargaining unit without discrimination, bad faith or arbitrariness. The conductors also say that, because the Board's powers to remedy a breach of the Code are very broad and Board decisions are protected by strong preclusive clauses, the Court should interfere with a remedial order made by the Board only if it is patently unreasonable.

[7] In my opinion, patent unreasonableness is the standard of review applicable to the Board's interpretation and exercise of its remedial powers. The administration of the statutory scheme, including the design of appropriate remedies, requires the Board to balance the various and sometimes competing policy objectives of the Code. This is at the very heart of its mandate to regulate labour relations. I am not persuaded that the remedy granted by the Board in this case contains the kind of egregious error that warrants judicial intervention on the ground of patent unreasonableness. Accordingly, I would dismiss the applications for judicial review.

B. FACTUAL BACKGROUND

[8] Two applications for judicial review are before us, which we heard together: VIA is the applicant in Court file A-273-03, and the BLE in Court file A-277-03. These reasons apply to both, and a copy will be inserted

resses, est une question de compétence, que le Conseil doit donc trancher correctement pour que sa décision résiste au contrôle judiciaire. En outre, fait valoir VIA, le Conseil n'avait pas le pouvoir de lui imposer une réparation dans une procédure où elle n'avait été jugée responsable d'aucun manquement aux dispositions du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2.

[6] Les chefs de train, de leur côté, soutiennent que le principe de la pratique des libres négociations collectives n'est pas absolu, mais doit être pondéré par d'autres objectifs du Code, notamment le règlement positif des conflits de travail et la protection des employés contre le défaut de leur agent négociateur de prendre en considération de manière équitable les intérêts de tous les membres de l'unité de négociation sans discrimination, mauvaise foi ou de façon arbitraire. Les chefs de train affirment également qu'étant donné que les pouvoirs du Conseil d'ordonner une réparation en cas de manquement au Code sont très larges et que les décisions du Conseil sont protégées par des clauses limitatives fortes, la Cour ne devrait modifier une ordonnance de réparation rendue par le Conseil que si elle est manifestement déraisonnable.

[7] À mon avis, le caractère manifestement déraisonnable est la norme de contrôle qui s'applique à l'interprétation et à l'exercice par le Conseil de ses pouvoirs de réparation. L'administration des dispositions législatives, notamment la conception de réparations appropriées, commande au Conseil d'harmoniser les objectifs de politique divers et parfois contradictoires du Code. Cette exigence est au cœur même de son mandat de réglementation des relations du travail. Je ne suis pas persuadé que la réparation accordée par le Conseil en l'espèce comporte le genre d'erreur flagrante qui justifierait une intervention judiciaire au motif du caractère manifestement déraisonnable de la décision. Par conséquent, je rejetterais les demandes de contrôle judiciaire.

B. LE CONTEXTE FACTUEL

[8] Nous avons été saisis de deux demandes de contrôle judiciaire, que nous avons entendues ensemble: VIA est la demanderesse dans le dossier n° A-273-03, et la FIL, dans le dossier n° A-277-03. Les présents motifs

in each file. The issues with which these applications deal can be understood without a detailed chronicle of all the administrative and judicial proceedings that preceded the Board order now under review. A severely edited account will suffice for present purposes.

[9] The origins of the story behind this litigation go back to 1977 when a Crown corporation, VIA Rail, was created to operate passenger train services previously provided by Canadian National [CN] and Canadian Pacific [CP]. Initially, VIA contracted for the services of CN employees to run its trains, namely, locomotive engineers and conductors, known collectively in the industry as running trades. In 1987, however, VIA decided to hire its own running trades in order to cut costs.

[10] The running trades at VIA formed two bargaining units and were represented by different unions: the locomotive engineers by the BLE, and the conductors by the United Transportation Union (UTU). Each union had its own collective agreements with VIA and CN governing, among other things, the transfer of employees from CN to VIA and their return to their former classification at CN if they were unable to retain a position at VIA within their classification.

[11] In 1997, VIA issued a document, the *New Era Passenger Operations* initiative (NEPO), which announced that, to enable VIA to cut costs by reducing its workforce, the position of conductor would be eliminated. The abolition of this position would result in the creation of a new craft of operating engineers. Operating engineers would perform the functions of both locomotive engineers and conductors, except for the non-operational duties of conductors, which would be performed by on-board service employees.

[12] The NEPO stated that employees who had already qualified as locomotive engineers would require only two days of training for the additional duties

s'appliquent aux deux demandes et un exemplaire sera versé dans chaque dossier. On peut comprendre les questions que soulèvent ces demandes sans un récit détaillé de toutes les procédures administratives et judiciaires qui ont précédé l'ordonnance du Conseil qui fait l'objet du contrôle. Un compte rendu très succinct suffira aux besoins.

[9] Les origines de l'histoire qui sous-tend le présent litige remontent à 1977, au moment où une société d'État, VIA Rail, a été créée pour assurer les services ferroviaires voyageurs, qui étaient auparavant fournis par le Canadien National [CN] et le Canadien Pacifique [CP]. Initialement, VIA a continué de faire appel aux employés du CN pour conduire ses trains, soit des mécaniciens de locomotive et des chefs de train, collectivement désignés dans l'industrie comme personnel itinérant. En 1987, toutefois, VIA a décidé de recruter son propre personnel itinérant afin de réduire les coûts.

[10] Chez VIA, le personnel itinérant formait deux unités de négociation et était représenté par des syndicats différents: les mécaniciens de locomotive, par la FIL, et les chefs de train, par les Travailleurs unis des transports (TUT). Chaque syndicat avait ses propres conventions collectives avec VIA et le CN qui régissaient, notamment, le transfert des employés du CN à VIA et leur retour à leur ancienne classification au CN s'ils étaient incapables de conserver un poste chez VIA dans leur classification.

[11] En 1997, VIA a publié un document, *Une ère nouvelle pour les services voyageurs* (ENSV), qui annonçait que pour permettre à VIA de réduire ses coûts par une réduction de ses effectifs, le poste de chef de train serait éliminé. L'abolition de ce poste entraînait la création d'un nouveau groupe de mécaniciens d'exploitation. Les mécaniciens d'exploitation rempliraient les fonctions à la fois des mécaniciens de locomotive et des chefs de train, sauf pour les tâches non opérationnelles des chefs de train, qui seraient exécutées par des préposés aux services à bord des trains.

[12] L'ENSV déclarait que les employés ayant déjà les qualifications de mécaniciens de locomotive auraient seulement besoin de deux jours de formation pour

previously performed by conductors. It would thus be relatively easy for locomotive engineers to qualify as operating engineers. However, because conductors would require extensive training to be able to assume the duties of locomotive engineers, for which not all conductors might be suited, it would be more difficult for conductors to qualify as operating engineers.

[13] An attempt by VIA unilaterally to effect these changes provoked a successful complaint by the BLE to the Canada Labour Relations Board, as it then was, alleging an unfair labour practice. Meanwhile, VIA had applied to the Board under section 18 of the Code for the collective bargaining certificate to be amended by consolidating the two bargaining units of the running trades. The Board granted VIA's application and ordered a representation vote among members of the new bargaining unit to determine which union would represent them. Members of the BLE outnumbered members of the UTU, and the BLE won the vote by a very small majority.

[14] After negotiations and legal proceedings, in June 1998 VIA and the BLE entered into a memorandum of agreement on the implementation of the NEPO, to which was appended a Crew Consist Adjustment Agreement (CCAA). The memorandum was ratified by the membership of the BLE. Subsequently, however, a group of conductors, including George Cairns, the first named respondent in these applications, filed a complaint with the Board under section 37 of the Code. The conductors alleged that, in negotiating the CCAA with VIA, the BLE had not fairly represented their interests.

[15] On October 22, 1999, the Board upheld the conductors' complaint in a decision reported as *Georges (Re)*, [1999] CIRB No. 35; [1999] C.I.R.B.D. No. 35 (QL) (*Decision 35*). Because it is of central importance in these applications, I set out below the terms of the Board's order in *Decision 35* (at paragraphs 130-131):

accomplir les tâches additionnelles exécutées auparavant par les chefs de train. Il serait donc relativement facile pour les mécaniciens de locomotive d'obtenir les qualifications de mécaniciens d'exploitation. Toutefois, comme les chefs de train auraient besoin d'une longue formation pour être en mesure de remplir les fonctions de mécaniciens de locomotive et que ces fonctions pourraient ne pas convenir à tous les chefs de train, il leur serait plus difficile d'obtenir les qualifications de mécaniciens d'exploitation.

[13] VIA ayant tenté d'effectuer ces changements unilatéralement, la FIL a déposé une plainte qui a été accueillie par le Conseil canadien des relations du travail, comme il s'appelait alors, alléguant une pratique déloyale de travail. Entre-temps, VIA avait saisi le Conseil d'une demande en vertu de l'article 18 du Code en vue de modifier le certificat de négociation collective par la fusion des deux unités de négociation du personnel itinérant. Le Conseil a accueilli la demande de VIA et ordonné la tenue d'un scrutin de représentation auprès des membres de la nouvelle unité de négociation en vue de déterminer le syndicat qui les représenterait. Les membres de la FIL étaient plus nombreux que ceux des TUT et la FIL a remporté le scrutin par une très faible majorité.

[14] Au terme de négociations et de procédures judiciaires, VIA et la FIL ont conclu en juin 1998 une entente relative à la mise en œuvre de l'ENSV, à laquelle était annexée une entente sur la composition des équipes (ECE). L'entente [relative à la mise en œuvre de l'ENSV] a été ratifiée par les membres de la FIL. Par la suite, cependant, un groupe de chefs de train, dont George Cairns, le premier défendeur désigné dans les présentes demandes, a présenté une plainte au Conseil en vertu de l'article 37 du Code. Les chefs de train soutenaient qu'en négociant l'ECE avec VIA, la FIL n'avait pas représenté équitablement leurs intérêts.

[15] Le 22 octobre 1999, le Conseil a fait droit à la plainte des chefs de train dans une décision publiée sous l'intitulé *Cairns (Re)*, [1999] CCRI n° 35; [1999] D.C.C.R.I. n° 35 (QL) (*la décision 35*). Étant donné son importance cruciale pour les présentes demandes, j'expose ci-dessous les termes de l'ordonnance du Conseil dans la *décision 35* (aux paragraphes 130 et 131):

Therefore the Board orders the following.

1. VIA and the BLE are to reopen the Crew Consist Adjustment Agreement on the following:

a. the selection process for conductors and assistant conductors;

b. seniority provisions as they affect conductors and assistant conductors who qualify as locomotive engineers;

c. the application of the Special Agreement negotiated between UTU, VIA and CN;

and any other related issues as the parties see fit with a view to providing for the interests and needs of the group of former conductors and assistant conductors. The parties are to conclude the negotiations of such amendments no later than December 15, 1999.

2. The BLE will design and hold an internal consultative process to determine these interests and needs and will hire an appropriate professional to assist the conductors and assistant conductors in this process.

3. The choice of such a professional is to be made in consultation with the conductors and assistant conductors.

4. The BLE is to bear, without the assessment of further union dues, the cost of the services of this professional.

5. The chosen professional will represent the conductors and assistant conductors for the purposes of the reopening and negotiation of the Crew Consist Adjustment Agreement, as provided above, and will share an equal voice with BLE representatives in coming to an agreement.

6. The BLE will assume, with respect to the instant proceedings, the fees of the complainants' legal counsel on a solicitor-client basis.

The Board reserves its jurisdiction should the parties be unable to resolve matters concerning the remedies ordered by the Board.

[16] VIA and the BLE unsuccessfully applied for judicial review of this order: *VIA Rail Canada Inc. v. Cairns*, [2001] 4 F.C. 139 (C.A.) (*VIA I*); application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada was dismissed: [2001] C.S.C.R. n° 338 (QL). Accordingly, the propriety of the remedy granted by the Board in *Decision 35* is not open to challenge in the present proceedings.

Par conséquent, le Conseil ordonne ce qui suit.

1. VIA et la FIL doivent négocier à nouveau l'entente sur la composition des équipes concernant les questions suivantes:

a. le processus de sélection pour les chefs de train et les chefs de train adjoints;

b. les dispositions sur l'ancienneté, dans la mesure où elles touchent les chefs de train et les chefs de train adjoints qui possèdent les compétences requises comme mécaniciens de locomotives;

c. l'application de l'entente spéciale négociée entre le TUT, VIA et le CN;

et toute autre question connexe jugée appropriée par les parties en vue de protéger les intérêts et de répondre aux besoins du groupe des anciens chefs de train et chefs de train adjoints. Les parties doivent conclure les négociations de ces modifications au plus tard le 15 décembre 1999.

2. La FIL concevra et tiendra un processus consultatif interne afin d'établir ces intérêts et ces besoins et recrutera un spécialiste compétent pour aider les chefs de train et les chefs de train adjoints dans ce processus.

3. Le choix de ce spécialiste doit être effectué de concert avec les chefs de train et les chefs de train adjoints.

4. La FIL doit supporter, sans avoir à prélever d'autres cotisations syndicales, le coût des services de ce spécialiste.

5. Le spécialiste retenu représentera les chefs de train et les chefs de train adjoints aux fins des nouvelles négociations de l'entente sur la composition des équipes, tel qu'il a été prévu précédemment, et aura voix au chapitre au même titre que les représentants de la FIL pour ce qui est de conclure une entente.

6. La FIL assumera les honoraires de l'avocat des plaignants suivant le tarif applicable entre procureur et client, pour ce qui est de la procédure en l'instance.

Le Conseil se réserve le droit de se ressaisir de certaines questions concernant les redressements ordonnés si les parties sont incapables de les régler.

[16] VIA et la FIL ont demandé sans succès le contrôle judiciaire de cette ordonnance: *VIA Rail Canada Inc. c. Cairns*, [2001] 4 C.F. 139 (C.A.) (*VIA I*); une demande d'autorisation de pourvoi auprès de la Cour suprême du Canada a été rejetée: [2001] C.S.C.R. n° 338 (QL). Par conséquent, le bien-fondé de la réparation accordée par le Conseil dans la *décision 35* ne peut être attaqué dans la présente procédure.

[17] Because this Court did not render its decision in *VIA I* until May 2, 2001, it remitted the matter to the Board “for the sole purpose of setting a new time limit for the negotiation of amendments” to the CCAA (at paragraph 63). The Board had originally ordered that amendments to the CCAA be negotiated by December 15, 1999, but when the matter was remitted, the Board extended the date to July 20, 2001.

[18] The parties attempted to negotiate an agreement on the three disputed items in the CCAA identified in *Decision 35*: the process for selecting conductors to become locomotive engineers; the seniority provisions for conductors who became locomotive engineers; and the application of the agreement concerning employees’ transfer rights between VIA and CN.

[19] No agreement was reached, however, and the parties returned to the Board, which ordered a facilitation process with a Board employee and, if that failed, a mediation-arbitration process. With the parties’ consent, the Board appointed Mr. Michel Picher, a widely respected arbitrator of great experience in the rail transportation industry, to undertake the mediation-arbitration and directed him to issue an award on the disputed items in the CCAA no later than October 31, 2001.

[20] On October 22, 2001, the mediator-arbitrator asked the Board to extend the time for completing his work because encouraging progress was being made. In view of Mr. Picher’s confidence that the prospects of a settlement would be enhanced by an extension, and in the absence of an objection from the parties, the Board granted an extension until January 31, 2002. However, on January 15, 2002, Mr. Picher requested another extension, this time until May 31, 2002. After consulting the parties and interveners, the Board granted an extension, but only to February 11, 2002, in order to enable scheduled mediation sessions to be held.

[21] The mediation-arbitration process did not resolve the outstanding issues and, on February 11, 2002, the Board decided not to extend Mr. Picher’s mandate, since

[17] Comme la Cour n’a rendu sa décision dans l’affaire *VIA I* que le 2 mai 2001, elle a renvoyé l’affaire au Conseil «dans le seul but de la fixation d’un nouveau délai aux fins de la négociation des modifications» à l’ECE (au paragraphe 63). Le Conseil avait à l’origine ordonné que les modifications à l’ECE soient négociées pour le 15 décembre 1999, mais quand l’affaire a été reportée, le Conseil a repoussé la date au 20 juillet 2001.

[18] Les parties ont cherché à négocier une entente sur les trois points en litige dans l’ECE identifiés dans la *décision 35*: le processus de sélection des chefs de train appelés à devenir mécaniciens de locomotive; les dispositions sur l’ancienneté des chefs de train devenus mécaniciens de locomotive; l’application de l’entente relative aux droits de transfert des employés entre VIA et le CN.

[19] Les parties n’étant toutefois pas parvenues à une entente, elle sont revenues devant le Conseil qui a ordonné une procédure de facilitation avec le concours d’une membre du Conseil et, en cas d’échec, une procédure de médiation-arbitrage. Avec le consentement des parties, le Conseil a nommé M. Michel Picher, arbitre largement respecté et comptant une grande expérience dans le secteur du transport ferroviaire, l’a chargé d’entreprendre la médiation-arbitrage et lui a demandé de rendre une décision sur les points litigieux de l’ECE au plus tard le 31 octobre 2001.

[20] Le 22 octobre 2001, le médiateur-arbitre a demandé au Conseil de prolonger son mandat au vu des progrès encourageants qui avaient été réalisés. Comme M. Picher avait confiance que la prolongation du délai accroîtrait les chances de succès et en l’absence d’opposition des parties, le Conseil a accordé une prolongation jusqu’au 31 janvier 2002. Cependant, le 15 janvier 2002, M. Picher a demandé une nouvelle prolongation, jusqu’au 31 mai 2002. Après avoir consulté les parties et les intervenants, le Conseil a accordé la prolongation, mais jusqu’au 11 février 2002 seulement, pour permettre la tenue des séances de négociations qui avaient été prévues.

[21] La procédure de médiation-arbitrage n’a pas réglé les questions encore en litige et, le 11 février 2002, le Conseil a décidé de ne pas prolonger le mandat de M.

it was not satisfied that adequate progress was being made or that further delay would assist the conductors. The Board pointed out that, in the two and a half years since it issued *Decision 35*, not one of the items in its order had been implemented, including the BLE's obligation to pay the conductors' solicitor-client legal fees incurred as a result of their participation in the mediation. VIA and the BLE opposed the Board's decision not to extend Mr. Picher's mandate, while the conductors opposed the request for an extension.

[22] The Board decided not to grant a further extension to Mr. Picher and set dates for a hearing on two issues. However, the Board also made it clear that this did not preclude the parties from continuing to attempt to resolve the outstanding issues, with or without help from Mr. Picher.

[23] The first issue was the payment by the BLE of the conductors' legal fees and other expenses associated with the mediation-arbitration process in accordance with items 4 and 6 of the order in *Decision 35*. The Board made an order on this topic on March 22, 2002. The second, and much more difficult and important, issue concerned the appropriate remedies for implementing the rest of the order in *Decision 35*. The Board did not decide this until May 15, 2003, when it issued *Decision 230*. This decision is the subject of these applications for judicial review.

[24] In addition to the events described above, other negotiations were taking place, in some of which Mr. Picher was involved as mediator. In particular, on April 22, 2002, a memorandum of understanding (MOU) was concluded between VIA and the BLE which, the parties to it claimed, resolved the principal CCAA items of concern to the conductors that had been identified in the remedial order in *Decision 35*. The parties advised the Board that the MOU included recommendations for settlement made by Mr. Picher and contained their best position on the disputed items. The conductors objected

Picher, n'étant pas convaincu que des progrès adéquats étaient réalisés ou qu'une nouvelle prolongation servirait les intérêts des chefs de train. Le Conseil a souligné qu'au cours des deux ans et demi qui s'étaient écoulés depuis la publication de sa *décision 35*, aucun des points de son ordonnance n'avait été mis en œuvre, notamment l'obligation de la FIL de payer sur la base avocat-client les honoraires d'avocat engagés par les chefs de train en raison de leur participation à la procédure de médiation. VIA et la FIL se sont opposées à la décision du Conseil de ne pas prolonger le mandat de M. Picher, tandis que les chefs de train s'opposaient à la demande de prolongation.

[22] Le Conseil a décidé de ne pas accorder une nouvelle prolongation à M. Picher et a fixé des dates pour une audience sur deux questions. Toutefois, le Conseil a clairement fait savoir que ces mesures n'empêchaient pas les parties de poursuivre leurs efforts de règlement des questions encore en litige, avec ou sans le concours de M. Picher.

[23] La première question concernait le paiement par la FIL des honoraires d'avocat des chefs de train et des autres dépenses reliées à la procédure de médiation-arbitrage conformément aux points 4 et 6 de l'ordonnance contenue dans la *décision 35*. Le Conseil a rendu une ordonnance sur ce sujet le 22 mars 2002. La deuxième question, de loin plus difficile et plus importante, concernait les réparations appropriées liées à la mise en œuvre des autres éléments de l'ordonnance comprise dans la *décision 35*. Le Conseil n'a rendu sa décision que le 15 mai 2003, par la publication de la *décision 230*. C'est la décision qui fait l'objet des présentes demandes de contrôle judiciaire.

[24] Outre les événements évoqués ci-dessus, d'autres négociations avaient lieu, dont certaines avec le concours de M. Picher à titre de médiateur. En particulier, le 22 avril 2002, un protocole d'entente (PE) a été conclu entre VIA et la FIL, qui, aux dires des parties, réglait les principaux points de préoccupation des chefs de train à l'égard de l'ECE identifiés dans l'ordonnance de réparation de la *décision 35*. Les parties ont informé le Conseil que le PE comportait des recommandations de règlement faites par M. Picher et leur meilleure position à l'égard des points en litige. Les chefs de train se sont

to the admission of the MOU in the Board proceeding under review in the current applications, principally because they had not participated in its negotiation. The Board admitted the MOU and ultimately considered it in *Decision 230*.

C. DECISION 230

[25] The Board made four important findings in *Decision 230* which informed its order. First, the Board held that, in deciding how to implement the order in *Decision 35*, it was bound to take into account the effect of the more than three years that had elapsed since it had issued *Decision 35*.

[26] Second, the Board reviewed the principles enunciated in the jurisprudence governing the award of remedies. In particular, the Board stated (at paragraph 57):

. . . the objective to be achieved is to remove the harmful effects of the union's failure to properly represent the conductors and to place them in the position they would have enjoyed had their rights under the Code not been breached.

The Board reiterated that, in order to achieve this objective, it would take into account the changed circumstances since it issued *Decision 35* and shape its order accordingly.

[27] Third, the Board addressed the objection raised by VIA that, since it had not been found guilty in *Decision 35* of a breach of the Code, it could not be the subject of a remedial order. The Board acknowledged that only a union could commit a breach of the duty of fair representation. However, it also noted that VIA had been a party to the CCAA, which had given rise to the conductors' complaints, and had participated actively in the many proceedings before the Board, the mediator-arbitrator, and the courts. Accordingly, the Board held (at paragraph 71):

While the BLE bears the responsibility towards its membership for the breach to the Code, both the BLE and VIA must share in the consequences of the Board's decision since

opposés à l'admissibilité du PE dans la procédure devant le Conseil faisant l'objet du contrôle judiciaire visé par les présentes demandes, principalement parce qu'ils n'avaient pas participé à sa négociation. Le Conseil a admis le PE et l'a finalement pris en considération dans la *décision 230*.

C. LA DÉCISION 230

[25] Dans la *décision 230*, le Conseil a dégagé quatre conclusions importantes qui étayaient son ordonnance. Premièrement, le Conseil a conclu que dans sa décision sur la manière de mettre en œuvre l'ordonnance de la *décision 35*, il était tenu de prendre en considération l'effet du délai supérieur à trois ans et demi qui s'était écoulé depuis la publication de la *décision 35*.

[26] Deuxièmement, le Conseil a passé en revue les principes exposés dans la jurisprudence régissant l'attribution des réparations. En particulier, le Conseil a déclaré (au paragraphe 57):

[. . .] le but recherché c'est de mettre un terme aux effets néfastes du défaut du syndicat de protéger les droits des chefs de train et de les replacer dans la situation où ils auraient été s'il n'y avait pas eu violation des droits que leur reconnaît le Code.

Le Conseil a réitéré que pour atteindre cet objectif, il prendrait en compte l'évolution des circonstances intervenue depuis la publication de la *décision 35* et concevrait son ordonnance en conséquence.

[27] Troisièmement, le Conseil s'est penché sur l'objection soulevée par VIA, à savoir que comme la *décision 35* n'avait pas établi qu'elle avait manqué au Code, elle ne pouvait pas faire l'objet d'une ordonnance de réparation. Le Conseil a reconnu que seul un syndicat pouvait manquer au devoir de représentation juste. Cependant, il a également fait observer que VIA avait été partie à l'ECE, qui avait donné naissance aux plaintes des chefs de train, et qu'elle avait participé activement aux nombreuses procédures engagées devant le Conseil, le médiateur-arbitre et les tribunaux. Par conséquent, le Conseil a conclu (au paragraphe 71):

Si la FIL doit répondre devant ses membres de la violation du Code, VIA et la FIL doivent assumer ensemble les conséquences de la décision du Conseil puisqu'elles ont toutes

both parties were instrumental in producing the effects of the CCAA, though perhaps not to the same degree. In the circumstances of this case, the imposition of financial consequences on VIA is a necessary conclusion to give effect to the Board's orders where the object is to resolve the discriminatory effects of the CCAA.

[28] Fourth, the Board found that the MOU did not satisfactorily address the conductors' grievances and had been negotiated by VIA and the BLE without the participation of the conductors, the UTU or the professional person that *Decision 35* had required be appointed to assist the conductors in the negotiation of terms that would have proper regard to their interests.

[29] The Board was not satisfied in three respects with the changes to the CCAA made by the MOU. First, the criteria in the MOU by which conductors would be selected for training as locomotive engineers were likely to mean that few opportunities for selection would arise for several years. Second, the MOU preserved the seniority of pre-NEPO locomotive engineers over that of all former conductors who qualified as locomotive engineers under the NEPO arrangements, regardless of when they were first hired. Third, conductors trained as locomotive engineers as a result of the NEPO did not have the same flow-back rights to CN as other locomotive engineers.

[30] On the basis of these findings, the Board issued a complex order designed to remedy the BLE's breach of the Code and the failure of the parties to implement *Decision 35* to the satisfaction of the Board. Among other things the order: (i) extended to all conductors the right to take the test to enable them to qualify as locomotive engineers; (ii) provided that conductors who passed the test must be ranked in "seniority order" and be eligible for training as locomotive engineer positions became available; (iii) required the BLE and VIA to provide monetary compensation to conductors who had sustained loss as a result of the CCAA, in lieu of the redress offered by the order; and (iv) directed VIA and the BLE to make written submissions to the Board so that it could apportion between them responsibility for paying the compensation.

deux contribué à produire les effets de l'ECE, quoique à des degrés divers peut-être. Dans les circonstances de l'affaire qui nous occupe, l'imposition de conséquences financières à VIA est une conclusion nécessaire pour réaliser les objets des ordonnances du Conseil, soit corriger les effets discriminatoires de l'ECÉ.

[28] Quatrièmement, le Conseil a conclu que le PE ne répondait pas adéquatement aux préoccupations des chefs de train et avait été négocié par VIA et la FIL sans la participation des chefs de train, des TUT ni du spécialiste compétent qui devait, selon la *décision 35*, être nommé pour aider les chefs de train dans la négociation de conditions qui prendraient adéquatement en compte leurs intérêts.

[29] Sur trois éléments, le Conseil n'a pas été persuadé que le PE apportait des modifications à l'ECE. Premièrement, les critères établis dans le PE pour la sélection des chefs de train aptes à recevoir la formation de mécaniciens de locomotive entraînaient vraisemblablement peu de chances de sélection pour plusieurs années. Deuxièmement, le PE maintenait l'ancienneté des mécaniciens de locomotive antérieure à l'ENSV par rapport aux anciens chefs de train qui se qualifiaient comme mécaniciens de locomotive aux termes de l'ENSV, sans égard à la date de recrutement initiale. Troisièmement, les chefs de train formés comme mécaniciens de locomotive par l'effet de l'ENSV ne disposaient pas des mêmes droits de réintégration au CN que les autres mécaniciens de locomotive.

[30] Se fondant sur ces conclusions, le Conseil a rendu une ordonnance complexe visant à redresser le manquement au Code de la FIL et le défaut des parties de mettre en œuvre la *décision 35* d'une manière jugée satisfaisante par le Conseil. L'ordonnance prévoyait notamment les éléments suivants: i) elle étendait à tous les chefs de train le droit du subir le test d'aptitude leur permettant de se qualifier comme mécaniciens de locomotive; ii) elle prévoyait que les chefs de train qui réussissaient le test devaient être placés sur une liste par «ordre d'ancienneté» et être admissibles à mesure que des postes de mécaniciens de locomotive devenaient disponibles; iii) elle exigeait que la FIL et VIA versent un dédommagement pécuniaire aux chefs de train qui avaient subi une perte en raison de l'ECE, au lieu de la réparation prévue par l'ordonnance; iv) elle donnait

ordre à VIA et à la FIL de présenter des observations écrites au Conseil pour que celui-ci soit en mesure de répartir entre elles la responsabilité du paiement du dédommagement.

D. LEGISLATIVE FRAMEWORK

Canada Labour Code [sections 22 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 56; 2002, c. 8, s. 182), 99 (as am. by S.C. 1998, c. 26, s. 45)]

18. The Board may review, rescind, amend, alter or vary any order or decision made by it, and may rehear any application before making an order in respect of the application.

...

22. (1) Subject to this Part, every order or decision of the Board is final and shall not be questioned or reviewed in any court, except in accordance with the *Federal Courts Act* on the grounds referred to in paragraph 18.1(4)(a), (b) or (e) of that Act.

(2) Except as permitted by subsection (1), no order, decision or proceeding of the Board made or carried on under or purporting to be made or carried on under this Part shall

(a) be questioned, reviewed, prohibited or restrained, or

(b) be made the subject of any proceedings in or any process of any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise,

on any ground, including the ground that the order, decision or proceeding is beyond the jurisdiction of the Board to make or carry on or that, in the course of any proceeding, the Board for any reason exceeded or lost its jurisdiction.

...

37. A trade union or representative of a trade union that is the bargaining agent for a bargaining unit shall not act in a manner that is arbitrary, discriminatory or in bad faith in the representation of any of the employees in the unit with respect to their rights under the collective agreement that is applicable to them.

...

D. LE CADRE LÉGISLATIF

Code canadien du travail [articles 22 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 56; 2002, ch. 8, art. 182), 99 (mod. par L.C. 1998, ch. 26, art. 45)]

18. Le Conseil peut réexaminer, annuler ou modifier ses décisions ou ordonnances et réinstruire une demande avant de rendre une ordonnance à son sujet.

[. . .]

22. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, les ordonnances ou les décisions du Conseil sont définitives et ne sont susceptibles de contestation ou de révision par voie judiciaire que pour les motifs visés aux alinéas 18.1(4)a), b) ou e) de la *Loi sur les Cours fédérales* et dans le cadre de cette loi.

(2) Sauf exception prévue au paragraphe (1), l'action—décision, ordonnance ou procédure—du Conseil, dans la mesure où elle est censée s'exercer dans le cadre de la présente partie, ne peut, pour quelque motif, y compris celui de l'excès de pouvoir ou de l'incompétence à une étape quelconque de la procédure:

a) être contestée, révisée, empêchée ou limitée;

b) faire l'objet d'un recours judiciaire, notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition ou de *quo warranto*.

[. . .]

37. Il est interdit au syndicat, ainsi qu'à ses représentants, d'agir de manière arbitraire ou discriminatoire ou de mauvaise foi à l'égard des employés de l'unité de négociation dans l'exercice des droits reconnus à ceux-ci par la convention collective.

[. . .]

99. (1) Where, under section 98, the Board determines that a party to a complaint has contravened or failed to comply with subsection 24(4) or 34(6), section 37, 47.3, 50 or 69, subsection 87.5(1) or (2), section 87.6, subsection 87.7(2) or section 94, 95 or 96, the Board may, by order, require the party to comply with or cease contravening that subsection or section and may

...

(b) in respect of a contravention of section 37, require a trade union to take and carry on on behalf of any employee affected by the contravention or to assist any such employee to take and carry on such action or proceeding as the Board considers that the union ought to have taken and carried on on the employee's behalf or ought to have assisted the employee to take and carry on;

(b.1) in respect of a contravention of the obligation to bargain collectively in good faith mentioned in paragraph 50(a), by order, require that an employer or a trade union include in or withdraw from a bargaining position specific terms or direct a binding method of resolving those terms, if the Board considers that this order is necessary to remedy the contravention or counteract its effects;

...

(2) For the purpose of ensuring the fulfilment of the objectives of this Part, the Board may, in respect of any contravention of or failure to comply with any provision to which subsection (1) applies and in addition to or in lieu of any other order that the Board is authorized to make under that subsection, by order, require an employer or a trade union to do or refrain from doing any thing that it is equitable to require the employer or trade union to do or refrain from doing in order to remedy or counteract any consequence of the contravention or failure to comply that is adverse to the fulfilment of those objectives.

Federal Courts Act [R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1
(as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(4)(a)
(as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002,
c. 8, s. 27)]

18.1 . . .

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

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

99. (1) S'il décide qu'il y a eu violation des paragraphes 24(4) ou 34(6), des articles 37, 47.3, 50 ou 69, des paragraphes 87.5(1) ou (2), de l'article 87.6, du paragraphe 87.7(2) ou des articles 94, 95 ou 96, le Conseil peut, par ordonnance, enjoindre à la partie visée par la plainte de cesser de contrevenir à ces dispositions ou de s'y conformer et en outre:

[. . .]

b) dans le cas de l'article 37, enjoindre au syndicat d'exercer, au nom de l'employé, les droits et recours que, selon lui, il aurait dû exercer ou d'aider l'employé à les exercer lui-même dans les cas où il aurait dû le faire;

b.1) dans le cas de l'alinéa 50a), enjoindre, par ordonnance, à l'employeur ou au syndicat d'inclure ou de retirer des conditions spécifiques de sa position de négociation ou ordonner l'application d'une méthode exécutoire de règlement des points en litige, s'il est d'avis que ces mesures sont nécessaires pour remédier aux effets de la violation;

[. . .]

(2) Afin d'assurer la réalisation des objectifs de la présente partie, le Conseil peut rendre, en plus ou au lieu de toute ordonnance visée au paragraphe (1), une ordonnance qu'il est juste de rendre en l'occurrence et obligeant l'employeur ou le syndicat à prendre des mesures qui sont de nature à remédier ou à parer aux effets de la violation néfastes à la réalisation de ces objectifs.

Loi sur les Cours fédérales [L.R.C. (1985),
ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8,
art. 14), 18.1(4)a) (édicte par L.C. 1990,
ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27)]

18.1 [. . .]

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l'office fédéral, selon le cas:

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

E. ISSUES AND ANALYSIS

ISSUE 1 Standard of review

(i) Standard of review and “jurisdiction”

[31] Counsel for VIA argued that the Board had committed three errors of a jurisdictional nature in *Decision 230*. First, it had reopened *Decision 35* for purposes other than simply amending the latest date for implementing the remedial order and, in fashioning a remedy, the Board had taken into account events subsequent to *Decision 35*. Second, it had imposed terms of employment on the parties in place of those to which they had agreed. Third, it had imposed the terms on VIA and ordered it to pay compensation, even though VIA had not been found in breach of the Code in *Decision 35*.

[32] Because these were “jurisdictional issues” or “preliminary questions”, counsel for VIA argued, the Board’s conclusions were automatically reviewable on a standard of correctness, without the need for a functional and pragmatic analysis. In the alternative, to the extent that the Board had jurisdiction to give any of the remedies awarded in this case, the exercise of its remedial power was patently unreasonable.

[33] I do not accept counsel’s “jurisdictional” approach to determining the standard of review. Recent decisions of the Supreme Court of Canada make it clear that the standard of review applicable to decisions of an adjudicative administrative agency must always be determined on the basis of a pragmatic and functional analysis. Conceptual abstractions, such as “jurisdictional question”, now play a much reduced role in determining the standard of review applicable to the impugned aspect of a tribunal’s decision.

[34] Thus, in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 21, McLachlin C.J., writing for the Court, said:

In every case where a statute delegates power to an administrative decision-maker, the reviewing judge must begin

E. LES QUESTIONS SOULEVÉES ET L’ANALYSE

QUESTION N° 1 La norme de contrôle

i) La norme de contrôle et la «compétence»

[31] L’avocat de VIA a soutenu que le Conseil avait commis trois erreurs de compétence dans sa *décision 230*. En premier lieu, il avait rouvert la *décision 35* pour d’autres motifs que la simple modification de la dernière date fixée pour la mise en œuvre de l’ordonnance de réparation et, dans la conception de la réparation, avait tenu compte de circonstances postérieures à la *décision 35*. En deuxième lieu, il avait ordonné des conditions d’emploi aux parties au lieu de celles dont elles avaient convenu. En troisième lieu, il avait imposé ces conditions à VIA et lui avait ordonné de verser un dédommagement, alors que VIA n’avait pas été jugée avoir manqué au Code dans la *décision 35*.

[32] Du fait qu’il s’agissait de «questions de compétence» ou de «questions préalables», a soutenu l’avocat de VIA, les conclusions du Conseil pouvaient de plein droit faire l’objet d’un contrôle selon la norme de la décision correcte, sans qu’il soit nécessaire de procéder à l’analyse pragmatique et fonctionnelle. À titre subsidiaire, dans la mesure où le Conseil était compétent pour ordonner l’une des réparations accordées en l’espèce, l’exercice de son pouvoir de réparation était manifestement déraisonnable.

[33] Je n’accepte pas l’approche de l’avocat par la question «de compétence» pour établir la norme de contrôle. Des arrêts récents de la Cour suprême du Canada établissent clairement que la norme de contrôle applicable aux décisions d’un organisme administratif juridictionnel doit toujours être déterminée selon l’analyse pragmatique et fonctionnelle. Des concepts abstraits, tels que celui de la «question de compétence», jouent maintenant un rôle beaucoup moins grand dans l’établissement de la norme de contrôle applicable au point attaqué de la décision d’un tribunal.

[34] Ainsi, dans l’arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 21, la juge en chef McLachlin, s’exprimant au nom de la Cour, a déclaré:

Chaque fois que la loi délègue un pouvoir à une instance administrative décisionnelle, le juge de révision doit commen-

by determining the standard of review on the pragmatic and functional approach. In *Pushpanathan [v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)]*, [1998] 1 S.C.R. 982, this Court unequivocally accepted the primacy of the pragmatic and functional approach to determining the standard of judicial review of administrative decisions.

Further, she said (at paragraphs 24-25):

The nominate grounds, language of jurisdiction, and ossified interpretations of statutory formulae, while still useful as familiar landmarks, no longer dictate the journey.

For this reason, it is no longer sufficient to slot a particular issue into a pigeon hole of judicial review and, on this basis, demand correctness from the decision-maker.

[35] Thus, labelling the interpretation of a particular provision in an agency's enabling statute as a "jurisdictional question" does not provide a "shortcut past the components of the pragmatic and functional approach": *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, at paragraph 21 (*per* Iacobucci J.). Indeed, as McLachlin C.J. indicated in *Ryan*, this very point had been made in *Pushpanathan [Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)]*, [1998] 1 S.C.R. 982, where Bastarache J. said (at paragraph 28):

But it should be understood that a question which "goes to jurisdiction" is simply descriptive of a provision for which the proper standard of review is correctness, based upon the outcome of the pragmatic and functional analysis. In other words, "jurisdictional error" is simply an error on an issue with respect to which, according to the outcome of the pragmatic and functional analysis, the tribunal must make a correct interpretation and to which no deference will be shown.

[36] Nonetheless, "jurisdiction" is still part of the vocabulary of administrative law. In this case, it appears in two contexts: jurisdictional error is the ground of review and the jurisdictional nature of subsection 99(2) is a factor in the pragmatic and functional approach for determining the standard of review. I deal with each in turn.

cer par déterminer la norme de contrôle applicable selon l'analyse pragmatique et fonctionnelle. Dans *Pushpanathan [c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)]*, [1998] 1 R.C.S. 982, la Cour a accepté sans équivoque la primauté de la méthode pragmatique et fonctionnelle dans la détermination de la norme de contrôle judiciaire applicable aux décisions administratives.

Elle a dit plus loin (aux paragraphes 24 et 25):

Si les motifs nommés, le libellé de la disposition habilitante et les interprétations sclérosées des formulations législatives demeurent utiles comme repères familiers, ils ne dictent plus le cheminement.

C'est pour cette raison que, dorénavant, il ne suffit plus de classer une question donnée dans une catégorie précise de contrôle judiciaire et d'exiger sur ce fondement que le décideur ait rendu une décision correcte.

[35] Ainsi, désigner l'interprétation d'une disposition donnée de la loi habilitante d'un organisme comme une «question de compétence» ne permet de «sauter aucune étape de l'analyse pragmatique et fonctionnelle»: *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, au paragraphe 21 (juge Iacobucci). En réalité, comme la juge en chef McLachlin l'a indiqué dans l'arrêt *Ryan*, ce point en particulier a été établi dans l'arrêt *Pushpanathan [Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)]*, [1998] 1 R.C.S. 982, où le juge Bastarache a déclaré (au paragraphe 28):

Mais il faut bien comprendre qu'une question qui «touche la compétence» s'entend simplement d'une disposition à l'égard de laquelle la norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte, en fonction du résultat de l'analyse pragmatique et fonctionnelle. Autrement dit, une «erreur de compétence» est simplement une erreur portant sur une question à l'égard de laquelle, selon le résultat de l'analyse pragmatique et fonctionnelle, le tribunal doit arriver à une interprétation correcte et à l'égard de laquelle il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue.

[36] Néanmoins, la «compétence» fait toujours partie de la terminologie du droit administratif. En l'espèce, elle apparaît dans deux contextes: l'erreur de compétence est le motif du contrôle judiciaire et la nature du paragraphe 99(2) qui traite de la compétence est l'un des facteurs de la méthode pragmatique et fonctionnelle pour établir la norme de contrôle. Je les traiterai à tour de rôle.

[37] First, jurisdictional error is a ground upon which this Court reviews decisions of federal administrative agencies: paragraph 18.1(4)(a) of the *Federal Courts Act*. Indeed, as a result of the preclusive clause in subsections 22(1) and (2) of the *Canada Labour Code*, this is the only ground on which the Board's decision in this case can be reviewed. Breach of the duty of fairness or perjury is not alleged.

[38] However, identifying the relevant ground of review as jurisdictional error is not determinative of the standard of review that the Court must apply when deciding whether the applicant has established that the tribunal has erred as alleged. Thus, when, as is the case here, a decision is challenged under paragraph 18.1(4)(a) on the ground that the Board "acted without . . . acted beyond . . . or refused to exercise its jurisdiction", and the error alleged involves the interpretation of a provision of the Code, the Court must still use the pragmatic and functional analysis to determine the standard of review applicable to the interpretation of the provision in dispute.

[39] If the pragmatic and functional analysis leads the Court to conclude that correctness is the standard applicable to reviewing the Board's interpretation of the provision of the Code in dispute, the Board will have exceeded its jurisdiction if the Court disagrees with its interpretation. Conversely, if the pragmatic and functional analysis points to patent unreasonableness as the applicable standard, the Board will only be found to have acted without or beyond, or failed to exercise its jurisdiction, if its interpretation is patently unreasonable.

[40] Second, "jurisdiction" is still relevant to determining the standard of review because it is one of the factors to be considered as part of the pragmatic and functional analysis. Whether or not a question is jurisdictional is part of the inquiry into the nature of the question decided by a tribunal: *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, at paragraph 24.

[37] Premièrement, l'erreur de compétence est un motif de contrôle par la Cour des décisions des organismes administratifs fédéraux: voir l'alinéa 18.1(4)a) de la *Loi sur les Cours fédérales*. En fait, de par la clause limitative des paragraphes 22(1) et (2) du *Code canadien du travail*, c'est le seul motif qui puisse fonder un contrôle judiciaire de la décision du Conseil en l'espèce. Il n'y a pas d'allégation de manquement au devoir de traitement équitable ni de parjure.

[38] Cependant, caractériser le motif de contrôle applicable d'erreur de compétence n'est pas déterminant à l'égard de la norme de contrôle que la Cour doit appliquer pour décider si la demanderesse a établi que le tribunal a commis une erreur, comme elle l'allègue. Par conséquent, dans le cas où, comme en l'espèce, une décision est attaquée en vertu de l'alinéa 18.1(4)a) au motif que le Conseil «a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer», et où l'erreur alléguée met en cause l'interprétation d'une disposition du Code, la Cour doit encore utiliser l'analyse pragmatique et fonctionnelle pour décider de la norme de contrôle applicable à l'interprétation de la disposition en litige.

[39] Si l'analyse pragmatique et fonctionnelle amène la Cour à conclure que la décision correcte constitue la norme applicable au contrôle de l'interprétation que donne le Conseil de la disposition du Code en cause, le Conseil aura excédé sa compétence si la Cour n'est pas d'accord avec l'interprétation du Conseil. Inversement, si l'analyse pragmatique et fonctionnelle fait ressortir que la norme de contrôle applicable est le caractère manifestement déraisonnable de la décision, il sera conclu que le Conseil a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer si son interprétation est manifestement déraisonnable.

[40] Deuxièmement, la «compétence» demeure un élément pertinent pour déterminer la norme de contrôle parce que c'est l'un des facteurs à prendre en considération dans le cadre de l'analyse pragmatique et fonctionnelle. Établir si une question en est une de compétence ou n'en est pas relève de l'examen de la nature de la question que doit trancher un tribunal: *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, au paragraphe 24.

[41] The Supreme Court of Canada has recently endorsed this view in *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, [2004] 1 S.C.R. 727, where Iacobucci J. stated (at paragraph 18) that a statutory provision conferring remedial authority on a labour arbitrator was jurisdictional in nature and that this was a factor indicating that its interpretation by the arbitrator should be reviewed on a standard of correctness. This is because, according to Iacobucci J. [at paragraph 18], “administrative bodies are entirely statutory and thus must be correct in assessing the scope of their mandate”.

[42] However, despite the jurisdictional nature of the statutory provision in dispute, Iacobucci J. concluded that other pragmatic and functional considerations required that the arbitrator’s decision be afforded judicial deference. For a similar conclusion, see also *Canada (Attorney General) v. Georgian College of Applied Arts and Technology*, [2003] 4 F.C. 525 (C.A.), at paragraphs 21-22.

(ii) Standard of review and remedial powers: “a jurisdictional enclave”?

[43] At an earlier stage of the pragmatic and functional era of the law of judicial review of administrative action in Canada, there was authority for the proposition that the scope of the Board’s remedial powers in section 99 of the Code is a “jurisdictional question” and that the Board’s interpretation of the provision must therefore be reviewable on the correctness standard.

[44] Thus, in *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369, Cory J. said (at paragraph 59):

. . . the question as to whether the Board may or may not impose remedies on the parties is jurisdictional in nature. If the Board concluded that it could not impose a remedy to counteract a breach by one of the parties, the aggrieved party would have the right to argue before a reviewing court that the Board had incorrectly interpreted its enabling statute. The court, in addressing this jurisdictional question, would then be entitled to review the Board’s decision, on a correctness

[41] La Cour suprême du Canada a récemment appuyé cette position dans l’arrêt *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, [2004] 1 R.C.S. 727. Dans cet arrêt, le juge Iacobucci a déclaré (au paragraphe 18) qu’une disposition conférant un pouvoir de réparation à un arbitre du travail touchait la compétence et que c’était un facteur indiquant que l’interprétation de la loi par l’arbitre devait faire l’objet d’un contrôle selon la norme de la décision correcte. Cela s’explique, selon le juge Iacobucci, par le fait [au paragraphe 18] qu’«un organisme administratif est une pure émanation de la loi et est en conséquence tenu de déterminer correctement la portée de son mandat».

[42] Toutefois, bien que la disposition en litige touche la compétence, le juge Iacobucci a conclu que d’autres considérations pragmatiques et fonctionnelles exigeaient que la décision de l’arbitre fasse l’objet d’une retenue de la part des tribunaux. On retrouve une conclusion similaire dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Georgian College of Applied Arts and Technology*, [2003] 4 C.F. 525 (C.A.), aux paragraphes 21 et 22.

ii) La norme de contrôle et le pouvoir de réparation: «une enclave de compétence»?

[43] À un stade antérieur de l’ère de l’approche pragmatique et fonctionnelle dans le droit du contrôle judiciaire des décisions administratives au Canada, on trouvait une jurisprudence appuyant la position que la portée du pouvoir de réparation du Conseil à l’article 99 du Code est une «question de compétence» et que la décision correcte est donc la norme applicable au contrôle de l’interprétation de cette disposition par le Conseil.

[44] Ainsi, dans l’arrêt *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, le juge Cory a dit (au paragraphe 59):

La question de savoir si le Conseil peut imposer une réparation aux parties est donc une question de compétence. Si le Conseil décidait qu’il ne peut pas imposer une réparation pour parer à une violation reprochée à une partie, la partie lésée aurait le droit de faire valoir devant la cour exerçant le contrôle que le Conseil a incorrectement interprété sa loi habilitante. La cour serait alors en droit, pour statuer sur la question de compétence, de contrôler la décision du Conseil, selon la

standard, to determine whether in fact the Board did have the power it claimed to lack.

[45] Cory J. also went on to say in the same paragraph that, “once it has been established by the provisions of the empowering legislation that the Board does, in fact, have the jurisdiction to order certain remedies”, the standard of patent unreasonableness determines whether the Board exceeded its jurisdiction by awarding, in a given case, one of the remedies available to it.

[46] However, in my respectful view, the idea that the interpretation of the Board’s remedial provisions is reviewable on a correctness standard solely because it is a jurisdictional question has been washed away by the torrent of standard of review jurisprudence emanating from the Supreme Court of Canada in the eight years since *Royal Oak Mines* was decided.

[47] I have already quoted from *Dr. Q, Ryan and Pushpanathan* for the view that the law now is that the pragmatic and functional approach must always be used by a reviewing court to determine the standard of review applicable to decisions of adjudicative administrative agencies. In addition, two other cases bear directly on the standard of review applicable to labour tribunals’ interpretation of their remedial powers.

[48] First, in *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793, a case decided soon after *Royal Oak Mines*, the Court applied the pragmatic and functional approach to determine the standard of review applicable to a labour board’s interpretation of its powers, even though they “appear to limit a tribunal’s jurisdiction” (at paragraph 44).

[49] Applying the pragmatic and functional approach to the case before her, L’Heureux-Dubé J., writing for the Court, concluded that patent unreasonableness was the applicable standard. While L’Heureux-Dubé J. said (at paragraph 46) that, in so holding, her decision was consistent with Cory J.’s analysis in *Royal Oak Mines*,

norme de la décision correcte afin de déterminer si, de fait, celui-ci avait le pouvoir dont il a estimé ne pas être investi.

[45] Le juge Cory a également ajouté au même paragraphe que «quand il a été établi que, d’après les dispositions de la loi habilitante, le Conseil est en fait compétent pour imposer certaines réparations», la norme du caractère manifestement déraisonnable s’applique pour décider si le Conseil a outrepassé sa compétence en accordant, dans une affaire donnée, l’une des réparations à sa disposition.

[46] Cependant, j’estime en toute déférence que l’idée que l’interprétation des dispositions sur le pouvoir du Conseil en matière de réparation peut être contrôlée selon la norme de la décision correcte du seul fait qu’il s’agit d’une question de compétence a été balayée par un torrent de jurisprudence de la Cour suprême du Canada sur la norme de contrôle au cours des huit années qui ont suivi l’arrêt *Royal Oak Mines*.

[47] J’ai déjà cité les arrêts *Dr Q, Ryan et Pushpanathan* à l’appui de l’idée que, selon l’état du droit actuel, la méthode pragmatique et fonctionnelle doit toujours être utilisée par une cour de révision pour établir la norme de contrôle applicable aux décisions des organismes administratifs juridictionnels. En outre, deux autres arrêts portent directement sur la norme de contrôle applicable à l’interprétation par les tribunaux du travail de leur pouvoir de réparation.

[48] Dans le premier, *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793, prononcé peu après l’arrêt *Royal Oak Mines*, précité, la Cour a appliqué la méthode pragmatique et fonctionnelle pour établir la norme de contrôle applicable à l’interprétation par un conseil des relations du travail de ses pouvoirs, même aux dispositions qui «semblent limiter la compétence d’un tribunal administratif» (au paragraphe 44).

[49] Appliquant l’approche pragmatique et fonctionnelle à l’affaire dont elle était saisie, la juge L’Heureux-Dubé, rédigeant au nom de la Cour, a conclu que la norme applicable était la décision manifestement déraisonnable. Tout en déclarant (au paragraphe 46) qu’en concluant de la sorte sa décision était en

she also repudiated the notion that an administrative agency's interpretation of its remedial powers is automatically reviewable for correctness as it is a "jurisdictional" question whether an agency can ever grant a particular kind of remedy: see paragraphs 44 and 47.

[50] Second, in the recent *Lethbridge Community College* case, the Court held that, while the scope of the arbitrators' remedial powers is a jurisdictional question, "[the] remedial nature [of the provision conferring these powers] . . . militates broadly in favour of greater deference" (at paragraph 18), because its interpretation "presupposes an understanding and analysis of labour law issues" (at paragraph 19). The Court concluded in that case that both the interpretation and exercise of the remedial powers by the arbitrator should be reviewed on the intermediate standard of unreasonableness *simpliciter*.

(iii) Applicable standard of review

[51] Since the standard of review applicable to the Board's conclusion that it may award a particular remedy must be determined on the basis of a pragmatic and functional analysis, I must now apply that analysis. Both the Supreme Court of Canada and this Court have regularly concluded that decisions of the Canada Industrial Relations Board (and of its predecessor, the Canada Labour Relations Board) turning on the interpretation of the Code are normally reviewable only for patent unreasonableness. It is therefore unnecessary for me to reinvent the wheel by conducting a comprehensive pragmatic and functional analysis.

[52] Suffice it to say that the following considerations have led to a high degree of judicial deference towards decisions of labour relations boards, including the Board: strong preclusive clauses, the broad scope of their expertise and the relevance of that expertise to the interpretation of their enabling legislation, and the legislative intention that labour disputes should be resolved expeditiously by specialist agencies with

conformité avec l'analyse du juge Cory dans l'arrêt *Royal Oak Mines*, la juge L'Heureux-Dubé a du même souffle rejeté la notion selon laquelle l'interprétation par un organisme administratif de son pouvoir de réparation doit automatiquement faire l'objet d'un contrôle selon la décision correcte du fait que la question de savoir si un organisme peut accorder une catégorie particulière de réparation est une question de «compétence»: voir les paragraphes 44 et 47.

[50] Deuxièmement, dans l'arrêt récent *Lethbridge Community College*, la Cour a conclu que bien que la portée du pouvoir de réparation de l'arbitre soit une question de compétence, «la nature réparatrice de la disposition [conférant ce pouvoir] appelle généralement une grande déférence» (au paragraphe 18), parce que son interprétation «présuppose la compréhension et l'analyse de questions de droit du travail» (au paragraphe 19). La Cour a conclu dans cet arrêt qu'à la fois l'interprétation et l'exercice du pouvoir de réparation par l'arbitre devaient faire l'objet d'un contrôle selon la norme intermédiaire de la décision déraisonnable *simpliciter*.

iii) La norme de contrôle applicable

[51] Comme la norme de contrôle applicable à la conclusion du Conseil qu'il peut accorder une réparation particulière doit être établie selon l'analyse pragmatique et fonctionnelle, je dois maintenant procéder à cette analyse. Tant la Cour suprême du Canada que la présente Cour ont régulièrement conclu que les décisions du Conseil canadien des relations industrielles (et de son prédécesseur, le Conseil canadien des relations du travail) en matière d'interprétation du Code ne sont normalement susceptibles de contrôle qu'en raison du caractère manifestement déraisonnable de la décision. Je ne dois donc pas réinventer la roue en menant une analyse pragmatique et fonctionnelle exhaustive.

[52] Qu'il me suffise de dire que les considérations suivantes poussent à un degré élevé de retenue judiciaire à l'égard des décisions des conseils des relations du travail, et notamment du Conseil: de rigoureuses clauses limitatives, la vaste portée de leur expertise et la pertinence de cette expertise pour l'interprétation de leur loi habilitante ainsi que l'intention du législateur d'obtenir le règlement rapide des conflits de travail par

tailor-made processes and remedial powers.

[53] Thus, to the extent that *Decision 230* involves the interpretation of the Board's remedial powers, the question is this: is the Board's interpretation of section 99 reviewable on a less deferential standard than applies to its interpretation of most other provisions of the Code? In my view, it is not.

[54] First, the remedial powers of the Board are framed very broadly. Indeed, subsection 99(2) could hardly be more comprehensive:

99. . . .

(2) For the purpose of ensuring the fulfilment of the objectives of this Part, the Board may, in respect of any contravention of or failure to comply with any provision to which subsection (1) applies and in addition to or in lieu of any other order that the Board is authorized to make under that subsection, by order, require an employer or a trade union to do or refrain from doing any thing that it is equitable to require the employer or trade union to do or refrain from doing in order to remedy or counteract any consequence of the contravention or failure to comply that is adverse to the fulfilment of those objectives.

[55] Second, as I have already noted, labour tribunals' interpretation of their remedial powers attracts particular deference: see *Lethbridge Community College* at paragraph 18. The cogent reasons advanced by Cory J. in *Royal Oak Mines* (at paragraphs 50-60) to support judicial deference to the exercise by the Board of its remedial powers are, in my opinion, equally applicable to the Board's interpretation of those powers. This is because, whether the legislation can be taken to permit the Board's award of a particular remedy requires a consideration, and a contextual balancing, of the objects of Part I of the Code, and an appreciation of the variety of labour relations situations that may call for effective remedial action.

[56] These are matters on which the Board has more expertise than the courts. Since the Board's remedial

des organismes spécialisés, dotés de procédures spécifiquement adaptées et de pouvoirs de réparation.

[53] Par conséquent, dans la mesure où la *décision 230* fait intervenir l'interprétation du pouvoir de réparation du Conseil, la question à trancher est la suivante: l'interprétation que donne le Conseil de l'article 99 doit-elle faire l'objet d'un contrôle selon une norme exigeant une retenue moindre que celle qui s'applique à son interprétation de la plupart des autres dispositions du Code? Je réponds par la négative.

[54] Premièrement, le pouvoir de réparation du Conseil est défini de manière très large. Le paragraphe 99(2) peut en effet difficilement être plus large:

99. [. . .]

(2) Afin d'assurer la réalisation des objectifs de la présente partie, le Conseil peut rendre, en plus ou au lieu de toute ordonnance visée au paragraphe (1), une ordonnance qu'il est juste de rendre en l'occurrence et obligeant l'employeur ou le syndicat à prendre des mesures qui sont de nature à remédier ou à parer aux effets de la violation néfastes à la réalisation de ces objectifs.

[55] Deuxièmement, comme je l'ai déjà noté, l'interprétation par les tribunaux du travail de leur pouvoir de réparation commande une retenue particulière: voir l'arrêt *Lethbridge Community College*, au paragraphe 18. Les raisons convaincantes avancées par le juge Cory dans l'arrêt *Royal Oak Mines*, (aux paragraphes 50 à 60) à l'appui de la retenue judiciaire à l'égard de l'exercice par le Conseil de son pouvoir de réparation s'appliquent également, à mon avis, à l'interprétation de ce pouvoir par le Conseil. En effet, le fait de savoir si l'on peut s'appuyer sur la législation pour autoriser le Conseil à accorder une réparation particulière fait appel à un examen ainsi qu'à une pondération contextuelle des objets de la partie I du Code ainsi qu'à une appréciation de la diversité des situations de relations de travail susceptibles de justifier une mesure de réparation efficace.

[56] Il s'agit là de questions sur lesquelles le Conseil possède davantage d'expertise que les tribunaux. Comme

powers are very different from, and much wider than, the more limited remedial choices typically available to courts, the interpretation of section 99 cannot be said to involve any concept of general law on which the Court can claim an expertise that is at least equal to that of the Board.

[57] While *Lethbridge Community College* requires the “jurisdictional” nature of a statutory provisions conferring remedial discretion to be factored into a functional and pragmatic analysis, I conclude that this consideration is outweighed by the other elements of the analysis which, in my opinion, point to a high degree of judicial deference.

[58] In *Lethbridge Community College*, the Court held that unreasonableness *simpliciter*, not patent unreasonableness, was the standard of review applicable to the arbitrator’s interpretation of his remedial powers. However, there are two important differences between our case and *Lethbridge Community College* which explain why the more demanding standard of unreasonableness *simpliciter* imposed in *Lethbridge Community College* is not appropriate here.

[59] First, when considered generally, the preclusive clause in the Alberta *Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1, is weaker than that in the *Canada Labour Code*, because it does not purport to restrict the scope of judicial review at all if an application is made no more than 30 days after the impugned decision. Judicial review is only precluded outside that period.

[60] Second, *Lethbridge Community College* concerned the review of a decision by a labour arbitrator, whereas our case concerns a labour relations board. In *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230, at page 166, La Forest J. stated that labour arbitrators have a smaller range of expertise than labour relations boards, a factor that militates in favour of affording less judicial deference to arbitrators’ decisions. While legislation typically gives to labour boards a general supervisory role in the field of labour relations,

le pouvoir de réparation du Conseil est très différent des options de réparation plus restreintes normalement ouvertes aux tribunaux, et beaucoup plus large qu’elles, on ne peut affirmer que l’interprétation de l’article 99 fait intervenir quelque notion de droit général à l’égard de laquelle la Cour pourrait prétendre disposer d’une expertise au moins égale à celle du Conseil.

[57] L’arrêt *Lethbridge Community College*, demande que l’élément «compétence» d’une disposition accordant un pouvoir discrétionnaire de réparation soit un facteur pris en compte dans l’analyse pragmatique et fonctionnelle; je conclus néanmoins que les autres éléments de l’analyse qui, à mon avis, militent en faveur d’un degré élevé de retenue judiciaire, priment sur cette considération.

[58] Dans l’arrêt *Lethbridge Community College*, la Cour a conclu que la norme de contrôle applicable à l’interprétation par l’arbitre de son pouvoir de réparation était la décision déraisonnable *simpliciter*, et non la décision manifestement déraisonnable. Toutefois, il y a entre la présente espèce et l’affaire *Lethbridge Community College* deux différences importantes, qui expliquent que la norme plus rigoureuse de la décision déraisonnable *simpliciter* exigée dans l’arrêt *Lethbridge Community College* n’est pas justifiée en l’espèce.

[59] Premièrement, de façon générale, la clause limitative du *Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, ch. L-1, de l’Alberta est plus faible que celle du *Code canadien du travail*, car elle ne vise aucunement à restreindre la portée du contrôle judiciaire si la demande est déposée dans un délai n’excédant pas 30 jours de la décision attaquée. Le contrôle judiciaire n’est interdit que passé ce délai.

[60] Deuxièmement, l’arrêt *Lethbridge Community College*, concernait le contrôle d’une décision d’un arbitre du travail alors qu’en l’espèce, il s’agit de la décision d’un conseil des relations du travail. Dans l’arrêt *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, à la page 166, le juge La Forest a déclaré que les arbitres du travail ont un éventail d’expertise moins large que les conseils des relations du travail, facteur qui milite en faveur d’une moindre retenue judiciaire à l’égard des décisions des arbitres. La

labour arbitrators appointed to adjudicate grievances have the narrower function of determining whether the grievor has established a breach of the collective agreement.

[61] Consequently, despite the jurisdictional aspect of the question, I see no sufficient reason to conclude that the Board's interpretation of its remedial powers should be reviewed on a standard other than that applied by the courts to its interpretation of other provisions of the Code. Hence, I am of the opinion that the Board's interpretation of subsection 99(2) is reviewable on a standard of patent unreasonableness.

(iv) Patent unreasonableness and the exercise of remedial powers

[62] *Royal Oak Mines*, provides some specific guidance on the application of the patent unreasonableness standard to the exercise of remedial powers by a labour relations board. Indeed, it was accepted by the applicants' counsel that, if patent unreasonableness is the standard of review, the tests formulated in *Royal Oak Mines* apply.

[63] Cory J. described as follows (at paragraph 68) the errors that would warrant judicial intervention with a remedy ordered by the Board:

There are four situations in which a remedial order will be considered patently unreasonable: (1) where the remedy is punitive in nature; (2) where the remedy granted infringes the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; (3) where there is no rational connection between the breach, its consequences, and the remedy; and (4) where the remedy contradicts the objects and purposes of the Code.

It was not argued that the remedy awarded by the Board in this case infringed 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]] rights of either VIA or the BLE.

législation confère généralement aux conseils des relations du travail un rôle de surveillance générale dans le domaine des relations du travail alors que les arbitres du travail nommés pour trancher les plaintes ont le rôle plus étroit de décider si le plaignant a établi un manquement à la convention collective.

[61] Par conséquent, bien que la question comporte un aspect de compétence, je ne vois pas de raison suffisante pour conclure que l'interprétation donnée par le Conseil de son pouvoir de réparation doit faire l'objet d'un contrôle selon une norme autre que celle que les tribunaux appliquent à l'interprétation d'autres dispositions du Code. J'estime donc que l'interprétation du Conseil du paragraphe 99(2) doit être contrôlée selon la norme de la décision manifestement déraisonnable.

(iv) La décision manifestement déraisonnable et l'exercice du pouvoir de réparation

[62] L'arrêt *Royal Oak Mines*, fournit des orientations précises pour l'application de la norme du caractère manifestement déraisonnable à l'exercice du pouvoir de réparation d'un conseil de relations du travail. L'avocat des demanderesse a même reconnu que si la norme de contrôle est la décision manifestement déraisonnable, les critères formulés dans l'arrêt *Royal Oak Mines* s'appliquent.

[63] Le juge Cory a exposé comme suit (au paragraphe 68) les erreurs qui justifieraient une modification judiciaire d'une ordonnance rendue par le Conseil:

Il existe quatre cas dans lesquels une ordonnance réparatrice sera tenue pour manifestement déraisonnable: (1) lorsque la réparation est de nature punitive; (2) lorsque la réparation accordée porte atteinte à la *Charte canadienne des droits et libertés*; (3) lorsqu'il n'y a pas de lien rationnel entre la violation, ses conséquences et la réparation; et (4) lorsque la réparation va à l'encontre des objectifs du Code.

On n'a pas fait valoir que la réparation accordée par le Conseil en l'espèce portait atteinte aux droits de VIA ou de la FIL reconnus par 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]].

ISSUE 2 Did the Board exceed its jurisdiction in *Decision 230* by amending the order in *Decision 35*?

[64] Counsel for VIA argued that the Board's remedial order in *Decision 230* is invalid because, without legal authority, it amends and broadens the scope of the Board's order in *Decision 35*. He put the argument in three ways.

[65] First, after the Board rendered *Decision 35* it was *functus officio*. Second, whatever power the Board may have had to reopen *Decision 35* was overtaken by the decision of this Court in *VIA I* when it dismissed the applications for judicial review of *Decision 35* and remitted the matter to the Board (at paragraph 63)

. . . for the sole purpose of setting a new time limit for the negotiation of amendments to the Crew Consist Adjustment Agreement referred to in paragraph 1 of the order. [Emphasis added.]

Third, the Board exceeded its jurisdiction when it fashioned the remedy in *Decision 230* in light of facts occurring after the events on which the Board in *Decision 35* had held that the BLE was in breach of the duty of fair representation. The breach was committed in or prior to June 1998 when VIA and the BLE signed the collective agreement that included the CCAA.

[66] For the reasons given above, to the extent that these issues involve the interpretation of the Board's statutory powers, patent unreasonableness is the applicable standard of review. However, correctness is the standard of review for determining the effect of the order of this Court in *VIA I* dismissing the applications for judicial review of *Decision 35*.

(i) Was the Board *functus officio* when it rendered *Decision 35*?

[67] The starting point of the analysis must be the nature of the Board's order in *Decision 35* and what the

QUESTION N° 2 Le Conseil a-t-il outrepassé sa compétence dans la *décision 230* en modifiant l'ordonnance contenue dans la *décision 35*?

[64] L'avocat de VIA a plaidé que l'ordonnance de réparation du Conseil dans la *décision 230* est invalide parce que, sans habilitation légale, elle modifie et étend la portée de l'ordonnance du Conseil dans la *décision 35*. Il a présenté l'argumentation sous trois angles.

[65] Premièrement, après que le Conseil a rendu la *décision 35*, il a été dessaisi. Deuxièmement, quelque pouvoir qu'ait eu le Conseil de rouvrir la *décision 35*, ce pouvoir a été annulé par la décision *VIA I* de la Cour, qui a rejeté les demandes de contrôle judiciaire de la *décision 35* et renvoyé l'affaire au Conseil (au paragraphe 63)

[. . .] dans le seul but de la fixation d'un nouveau délai aux fins de la négociation des modifications de l'Entente concernant la composition des équipes dont il est fait mention au paragraphe 1 de son ordonnance. [Non souligné dans l'original.]

Troisièmement, le Conseil a outrepassé sa compétence en élaborant la réparation contenue dans la *décision 230* à la lumière d'événements survenus postérieurement à ceux sur la base desquels il avait estimé dans la *décision 35* que la FIL avait manqué à son devoir de représentation juste. Le manquement avait été commis en juin 1998 ou auparavant, au moment où VIA et la FIL avaient signé la convention collective qui comportait l'ECE.

[66] Pour les motifs présentés ci-dessus, dans la mesure où ces questions concernent l'interprétation des pouvoirs du Conseil conférés par la loi, la norme de contrôle applicable est la décision manifestement déraisonnable. Toutefois, la décision correcte est la norme de contrôle pour trancher l'effet de l'ordonnance de la Cour dans l'arrêt *VIA I* qui rejette les demandes de contrôle judiciaire de la *décision 35*.

i) Le Conseil a-t-il été dessaisi après avoir rendu la *décision 35*?

[67] Le point de départ de l'analyse doit être la nature de l'ordonnance du Conseil dans la *décision 35* et l'objet

Board purported to do to it in *Decision 230*. The order in *Decision 35* was not self-contained because it required the parties to renegotiate the three disputed items in the CCAA in a manner consistent with the BLE's duty to fairly represent the interests of the conductors.

[68] *Decision 35* also prescribed certain steps to bring this about: in particular, consultation by the BLE with the conductors and the appointment of a professional person, to be paid for by the BLE, as the adviser and representative of the conductors in the renegotiation of the CCAA. The Board expressly reserved jurisdiction in the event that the parties could not resolve the issues arising from the remedial order in *Decision 35*.

[69] In my opinion, the Board's express reservation of jurisdiction, exercisable if the parties could not resolve the outstanding remedial issues, authorized the Board to implement the order that it had granted in *Decision 35*, and to make any consequential amendments. Moreover, since the Board granted extensions of time at the request or with the consent of the parties, VIA and the BLE cannot now complain that these amendments were made without legal authority.

[70] VIA does not deny that the Board's expansive remedial powers include the power to reserve jurisdiction in order to deal with the parties' inability to agree on the implementation of a remedial order. Indeed, since the applicants' challenge to *Decision 35* was dismissed in *VIA I*, they cannot now impugn this aspect of it.

[71] In light of the above considerations, I cannot accept VIA's *functus* argument.

(ii) Effect of this Court's decision remitting *Decision 35*

[72] In my opinion, there is no inconsistency between the limited purpose for which this Court in *VIA I* remitted *Decision 35*, and the Board's order in *Decision*

visé par le Conseil dans la *décision 230*. L'ordonnance prévue à la *décision 35* n'était pas complète par elle-même, car elle imposait aux parties de renégocier les trois éléments litigieux de l'ECE d'une manière conforme au devoir de la FIL de représenter équitablement les intérêts des chefs de train.

[68] La *décision 35* ordonnait également certaines mesures pour y parvenir: en particulier, la consultation par la FIL des chefs de train et la nomination d'un spécialiste, rémunéré par la FIL, à titre de conseiller et de représentant des chefs de train pour la renégociation de l'ECE. Le Conseil se réservait expressément le droit de se ressaisir de certaines questions découlant de l'ordonnance de réparation de la *décision 35* dans le cas où les parties étaient incapables de les régler.

[69] À mon avis, le fait que le Conseil se réservait expressément le droit de se ressaisir dans le cas où les parties ne parvenaient pas à régler les questions de réparation encore en litige autorisait le Conseil à mettre en œuvre l'ordonnance rendue dans la *décision 35* et à y apporter toute modification corrélative. De plus, comme le Conseil accordait une prolongation de délai à la demande ou avec le consentement des parties, VIA et la FIL ne peuvent maintenant se plaindre de ce que ces modifications aient été faites sans habilitation légale.

[70] VIA ne nie pas que le pouvoir étendu du Conseil en matière de réparation comporte celui de se réserver le droit de se ressaisir en cas d'incapacité des parties de s'entendre sur la mise en œuvre d'une ordonnance de réparation. En fait, comme l'attaque des demandresses à l'encontre de la *décision 35* a été rejetée dans l'arrêt *VIA I*, elles ne peuvent maintenant contester cet aspect de la *décision*.

[71] À la lumière des considérations qui précèdent, je ne puis accueillir l'argument de VIA fondé sur le dessaisissement du Conseil.

ii) Les répercussions de l'arrêt de la Cour renvoyant la *décision 35*

[72] À mon avis, il n'y a pas d'incompatibilité entre le but limité pour lequel la Cour dans l'arrêt *VIA I* a renvoyé la *décision 35* et l'ordonnance du Conseil dans

230. When a reviewing court upholds an administrative agency's decision, it normally dismisses the application for judicial review without any further order or direction. However, when the Court decided the applications for judicial review in *VIA I*, the date last set by the Board for the parties to resolve the outstanding issues had passed. Accordingly, in order to take account of the lapse of time, the Court directed the Board to set a later date, which the Board did in Letter Decision No. 464 by amending the completion date to July 20, 2001.

[73] It is true that in *VIA I* the Court used the words "sole purpose" when it remitted *Decision 35* to the Board. However, this was merely to indicate the limited extent to which the Court required the Board to modify *Decision 35*, namely, by extending the deadline for the completion of negotiations. In all other respects, the application for judicial review was dismissed. In these circumstances, *VIA I* cannot be taken to have precluded the Board from exercising the jurisdiction that it reserved for itself in *Decision 35*.

[74] Hence, in remitting the matter for an amendment to the date for the conclusion of negotiations, the Court in *VIA I* did not purport to address the question of whether, or the extent to which, the Board was at liberty subsequently to adjust its order in other respects, or to give effect to it if the parties did not. The applications for judicial review in *VIA I* did not put in question the Board's power to implement the order in *Decision 35* in the event that the outstanding issues were not resolved by negotiation. There is therefore no basis for VIA's argument that the Court curtailed whatever powers the Board otherwise had to give effect to its order in *Decision 35*.

(iii) Could the Board take account of events subsequent to *Decision 35*?

[75] Counsel for VIA stressed that the only breach of the Code that *Decision 35* was designed to remedy occurred in the period leading up to the CCAA.

la *décision 230*. Quand une cour de révision confirme la décision d'un organisme administratif, elle rejette normalement la demande de contrôle judiciaire sans autre ordonnance ou directive. Cependant, quand la Cour a jugé les demandes de contrôle judiciaire dans l'arrêt *VIA I*, la dernière date fixée par le Conseil pour le règlement par les parties des questions encore en litige était passée. Par conséquent, pour tenir compte de l'écoulement du temps, la Cour a ordonné au Conseil de fixer une date ultérieure, ce que le Conseil a fait dans la décision-lettre n° 464 en changeant la date d'achèvement pour le 20 juillet 2001.

[73] Il est vrai que la Cour, dans l'arrêt *VIA I*, a employé les mots «dans le seul but» quand elle a renvoyé la *décision 35* au Conseil. Toutefois, cette formulation indiquait simplement dans quelle mesure restreinte la Cour exigeait du Conseil qu'il modifie la *décision 35*, soit en prolongeant le délai pour l'achèvement des négociations. À tous les autres égards, la demande de contrôle judiciaire a été rejetée. Dans ces circonstances, l'arrêt *VIA I* ne peut être interprété comme interdisant au Conseil d'exercer la compétence qu'il s'était réservé dans la *décision 35*.

[74] Il s'ensuit qu'en renvoyant l'affaire pour une modification de la date de conclusion des négociations, l'arrêt *VIA I* de la Cour ne visait pas à régler la question de savoir si le Conseil avait la latitude, ou dans quelle mesure il l'avait, de modifier subséquemment son ordonnance à d'autres égards, ni de donner effet à l'ordonnance si les parties ne le faisaient pas. Les demandes de contrôle judiciaire dans l'arrêt *VIA I* ne remettaient pas en question le pouvoir du Conseil de faire respecter l'ordonnance de la *décision 35* si les points encore en litige n'étaient pas réglés par la négociation. Il n'y a donc aucun fondement à l'argument de VIA selon lequel la Cour a retranché au Conseil quelque pouvoir qu'il aurait autrement possédé pour donner effet à son ordonnance dans la *décision 35*.

iii) Le Conseil pouvait-il prendre en considération des événements postérieurs à la *décision 35*?

[75] L'avocat de VIA a insisté sur le fait que le seul manquement au Code auquel la *décision 35* devait remédier avait eu lieu dans la période qui avait conduit

Accordingly, the Board exceeded its jurisdiction when, in framing the remedial order in *Decision 230*, it took into account events that had occurred after the date of the BLE's breach of the Code.

[76] I do not agree. In the "dynamic, complex and sensitive field" of labour relations (*Royal Oak Mines*, at paragraph 57), labour relations boards must be able to take account of changing circumstances if they are to discharge their statutory mandate with respect to "the constructive resolution of labour disputes for the benefit of the parties and the public" (*Royal Oak Mines*, at paragraph 55). Thus, referring to the wide powers conferred on the Board by subsection 99(2), Cory J. said in *Royal Oak Mines* (at paragraph 55):

In my view, this was done to give the Board the flexibility necessary to address the ever changing circumstances that present themselves in the wide variety of disputes which come before it in the sensitive field of labour relations.

[77] To confine the Board's ability to craft a remedy by reference to the facts as they were when the breach was committed would encourage the filing of multiple complaints covering different periods of time. To put the Board into this kind of a straitjacket would thwart Parliament's purpose in granting broad and flexible remedial powers to the Board, namely, to enable it to bring about the constructive resolution of industrial disputes in fluid labour relations situations.

[78] Counsel provided no authority for the proposition that, in fashioning a remedy for a breach of the Code, the Board may not take into account events occurring after the date of the breach. In my view, it was not patently unreasonable for the Board in *Decision 230* to have had regard to events subsequent to the BLE's breach of the Code.

(iv) Conclusion

[79] I am not persuaded that any of the above arguments demonstrates that *Decision 230* exceeds the

à l'ECE. Par conséquent, le Conseil a outrepassé sa compétence lorsque, dans la conception de l'ordonnance de réparation de la *décision 230*, il a tenu compte d'événements survenus après la date où la FIL avait commis le manquement au Code.

[76] Je ne puis souscrire à cette position. Dans le «domaine dynamique, complexe et délicat» des relations du travail (*Royal Oak Mines*, au paragraphe 57), les conseils des relations du travail doivent être en mesure de prendre en compte l'évolution des circonstances s'ils doivent remplir le mandat que leur confère la loi à l'égard du «règlement positif des différends pour le bien des parties et de la population» (*Royal Oak Mines*, au paragraphe 55). Ainsi, faisant référence aux larges pouvoirs conférés au Conseil par le paragraphe 99(2), le juge Cory a dit dans l'arrêt *Royal Oak Mines* (au paragraphe 55):

À mon avis, le législateur a agi ainsi pour donner au Conseil toute latitude pour tenir compte des circonstances toujours différentes des litiges très variés dans le domaine délicat des relations du travail.

[77] Restreindre les pouvoirs du Conseil à concevoir une réparation en rapport avec l'état des faits au moment du manquement inciterait au dépôt d'une multitude de plaintes relatives à diverses périodes de temps. Enfermer le Conseil dans ce type de camisole de force irait à l'encontre de l'intention du législateur, qui a conféré au Conseil un pouvoir de réparation large et souple, notamment pour lui permettre de faciliter le règlement positif des conflits du travail dans des situations de relations du travail en évolution.

[78] L'avocat n'a cité aucune jurisprudence à l'appui de la position que, dans la conception d'une réparation afférente à un manquement au Code, le Conseil ne peut prendre en considération des événements survenus après la date du manquement. À mon avis, il n'était pas manifestement déraisonnable que le Conseil, dans la *décision 230*, tienne compte d'événements postérieurs au manquement au Code de la FIL.

iv) Conclusion

[79] Selon ma conviction, aucun des arguments mentionnés précédemment n'établit que la *décision 230*

Board's jurisdiction. The Board did not act patently unreasonably by committing any of the errors identified in *Royal Oak Mines*. That is, there was a rational relationship among the breach of the Code, its consequences and the remedy, and *Decision 230* did not contradict the objects and purposes of the Code.

ISSUE 3 Was it patently unreasonable for the Board to remedy the BLE's breach of the duty of fair representation in the negotiation of the CCAA by imposing terms on the parties respecting the disputed items of the CCAA?

(i) Is it always patently unreasonable for the Board to impose terms as a remedy for a breach of the duty of fair representation?

[80] As applied to a union's negotiation of a collective agreement, the duty of fair representation does not require that particular terms be included in an agreement to protect the interests of all members of a bargaining unit, or that the union attempt to satisfy all the demands of a particular group of members. Rather, the duty obliges the union to have proper regard to the interests of all members of the bargaining unit when bargaining with the employer, and not to conclude an agreement whose terms reveal that the union acted arbitrarily or in bad faith towards, or discriminated against, particular individuals or groups.

[81] Consequently, labour relations boards normally remedy breaches of this kind of the duty of fair representation by sending the union back to the bargaining table, not by imposing terms of employment on the union and the employer.

[82] Much the same may be said of the duty to bargain in good faith imposed by paragraph 50(a) of the Code. Nonetheless, as already noted, the majority of the Supreme Court of Canada in *Royal Oak Mines* held that, in exceptional situations, the Board may remedy a breach of this duty by imposing terms. Added after the Board

outrepasse la compétence du Conseil. Le Conseil n'a pas agi de manière manifestement déraisonnable en commettant l'une ou l'autre des erreurs exposées dans l'arrêt *Royal Oak Mines*. En d'autres termes, il y avait un lien rationnel entre le manquement au Code, ses conséquences et la réparation, et la *décision 230* n'allait pas à l'encontre des objectifs du Code.

QUESTION N° 3 Était-il manifestement déraisonnable pour le Conseil de remédier au manquement de la FIL à son devoir de représentation juste dans la négociation de l'ECE en ordonnant aux parties des conditions relatives aux points litigieux de l'ECE?

i) Est-il toujours manifestement déraisonnable pour le Conseil de prescrire des conditions à titre de réparation au manquement au devoir de représentation juste?

[80] Dans son application à la négociation d'une convention collective par un syndicat, le devoir de représentation juste ne commande pas que des conditions particulières soient incluses dans la convention pour protéger les intérêts de tous les membres de l'unité de négociation ni que le syndicat cherche à satisfaire à toutes les exigences d'un groupe donné de membres. Ce devoir impose plutôt au syndicat, quand il négocie avec l'employeur, de prendre dûment en considération les intérêts de tous les membres de l'unité de négociation et de ne pas conclure une convention dont les conditions révèlent que le syndicat a agi de manière arbitraire, avec mauvaise foi ou en faisant preuve de discrimination à l'égard de personnes ou de groupes.

[81] Par conséquent, les conseils des relations du travail remédient normalement à de tels manquements au devoir de représentation juste en renvoyant le syndicat à la table de négociation plutôt qu'en imposant des conditions d'emploi au syndicat et à l'employeur.

[82] On peut en dire autant de l'obligation de négocier de bonne foi prévue à l'alinéa 50(a) du Code. Néanmoins, comme je l'ai déjà noté, dans l'arrêt *Royal Oak Mines*, de la Cour suprême du Canada, la majorité des juges a conclu que dans des situations exceptionnelles, le Conseil peut remédier au manquement à cette obligation

issued its remedy in *Royal Oak Mines*, paragraph 99(1)(b.1) of the Code expressly incorporates a power in the Board to impose terms in order to remedy bad faith bargaining.

[83] If, as was held in *Royal Oak Mines*, subsection 99(2) is sufficiently broad to enable the Board to impose terms to remedy a breach of the duty to bargain in good faith, it was not, in my opinion, patently unreasonable for the Board to have concluded that subsection 99(2) also empowers it to impose terms to remedy a breach of the duty of fair representation, which, in this context, also focuses upon process. Restricting collective bargaining in this way, in order to end a labour dispute, does not necessarily contradict the objects and purposes of the Code.

[84] Nonetheless, two arguments can be advanced for the proposition that a breach of the duty of fair representation in the bargaining process cannot be remedied by the imposition of terms.

(a) VIA not in breach of the Code

[85] A breach of the duty of fair representation can only be committed by a union, and the employer may not be aware of, or in any way implicated in it. In such circumstances, it might well be thought unfair to impose terms of employment which would bind the employer as well as the party in breach of the Code, the union.

[86] In my opinion, however, while this consideration may limit the circumstances in which terms may be imposed to remedy a breach of the duty of fair representation, it does not make it patently unreasonable for the Board to have concluded that, in some situations at least, it can impose terms that bind an employer, even though the complaint did not name the employer as a party to the breach of the Code.

[87] First, in *VIA I* this Court upheld *Decision 35*, even though the Board had directed both the BLE and

en imposant des conditions. Ajouté après la réparation accordée par le Conseil dans l'arrêt *Royal Oak Mines*, l'alinéa 99(1)b.1) du Code donne expressément au Conseil le pouvoir d'imposer des conditions comme mesure de réparation à la négociation de mauvaise foi.

[83] Si, comme l'a conclu l'arrêt *Royal Oak Mines*, le paragraphe 99(2) est suffisamment large pour permettre au Conseil d'imposer des conditions réparatrices à un manquement à l'obligation de négocier de bonne foi, il n'était pas manifestement déraisonnable, à mon avis, que le Conseil conclue que le paragraphe 99(2) lui confère également le pouvoir de prescrire des conditions à titre de réparation au manquement au devoir de représentation juste, manquement qui dans ce contexte vise aussi la procédure. Restreindre la négociation collective de cette manière, en vue de mettre fin à un conflit de travail, ne va pas nécessairement à l'encontre des objectifs du Code.

[84] Néanmoins, deux arguments peuvent être avancés pour soutenir qu'un manquement au devoir de représentation juste dans le processus de négociation ne peut faire l'objet d'une mesure réparatrice imposant des conditions.

a) VIA n'a pas commis de manquement au Code

[85] Un manquement au devoir de représentation juste ne peut être le fait que d'un syndicat et l'employeur peut ne pas en être conscient ni y participer en aucune façon. En pareilles circonstances, on pourrait facilement trouver injuste de prescrire des conditions d'emploi qui lieraient l'employeur autant que la partie responsable du manquement au Code, soit le syndicat.

[86] À mon avis, cependant, si cette considération peut limiter les circonstances donnant lieu à une réparation sous forme de conditions au manquement au devoir de représentation juste, elle ne rend pas manifestement déraisonnable que le Conseil ait conclu qu'il peut, tout au moins dans certaines situations, imposer des conditions qui lient l'employeur, même si la plainte n'a pas désigné l'employeur comme partie au manquement au Code.

[87] Premièrement, dans l'arrêt *VIA I*, la Cour a confirmé la *décision 35*, même si le Conseil avait

VIA to reopen the CCAA on the designated items and to conclude the renegotiation by a prescribed date. Sexton J.A noted (at paragraph 60) that the impact of the remedy on VIA:

... is a necessary and inevitable result of the Board's finding against the BLE. The employer was made a party to the original complaint, and permitted to make submissions before the Board, at least in part due to the recognition that its interests might be impacted by the any [*sic*] eventual order.

Indeed, VIA itself acknowledged that orders made against a party who had breached the Code almost always have an incidental effect on third parties. The question is thus not whether a remedy can ever be awarded against a party that is not in breach of the Code, but whether the imposition of terms on VIA is justifiable under subsection 99(2).

[88] Second, the Board only imposed terms after the parties had failed to implement the remedy ordered in *Decision 35*, as amended. The Board's order that VIA and the BLE renegotiate the CCAA not only imposed process duties on VIA, but also potentially subjected it to less favourable terms than it would otherwise have negotiated had it not been for the union's breach of the Code.

[89] Third, the statutory provisions conferring the Board's remedial powers are sufficiently broad to support the grant of a remedy against VIA. True, the Code only permits the Board to award an "equitable" remedy under subsection 99(2) when it has found that a contravention of the Code has occurred. However, in the present case, a contravention of the Code had occurred: the BLE's breach of the duty to fairly represent the conductors.

[90] In my opinion, it was not patently unreasonable for the Board to conclude that the power to make a remedial order under subsection 99(2) "in respect of any contravention of or failure to comply with any provision" [emphasis added] of the Code enumerated in subsection

ordonné à la fois à la FIL et à VIA de rouvrir l'ECE sur les points identifiés et d'achever la renégociation pour une date prescrite. Le juge Sexton, J.C.A., a noté (au paragraphe 60) que les répercussions de la réparation sur VIA:

[. . .] constituent un résultat nécessaire et inévitable de la conclusion défavorable à laquelle le Conseil en est arrivé en ce qui concerne la FIL. L'employeur a été ajouté comme partie à la plainte initiale et autorisé à formuler des observations devant le Conseil en raison, du moins en partie, de la reconnaissance des répercussions que l'ordonnance pourrait avoir sur ses intérêts.

VIA elle-même a effectivement reconnu que des ordonnances rendues à l'encontre d'une partie qui a manqué au Code ont presque toujours des effets accessoires sur des tiers. La question n'est donc pas de savoir si une réparation peut exceptionnellement être prescrite à une partie qui n'a pas commis de manquement au Code, mais si l'imposition de conditions à VIA est justifiée par le paragraphe 99(2).

[88] Deuxièmement, le Conseil n'a imposé de conditions qu'après le défaut des parties de mettre en œuvre l'ordonnance de réparation prévue à la *décision 35*, modifiée. L'ordonnance du Conseil demandant à VIA et à la FIL de renégocier l'ECE ne faisait pas qu'imposer des obligations de procédure à VIA, elle la soumettait également potentiellement à des conditions moins favorables que celles qu'elle aurait autrement négociées n'eût été le manquement au Code du syndicat.

[89] Troisièmement, les dispositions conférant au Conseil un pouvoir de réparation sont suffisamment larges pour justifier qu'une réparation soit imposée à VIA. Sans doute, le Code n'autorise le Conseil à ordonner une réparation «équitable» en vertu du paragraphe 99(2) que lorsqu'il a établi un manquement au Code. Cependant, en l'espèce, un manquement au Code avait eu lieu: la FIL avait manqué à son devoir de représentation juste des chefs de train.

[90] À mon avis, il n'était pas manifestement déraisonnable pour le Conseil de conclure que le pouvoir de rendre une ordonnance de réparation en vertu du paragraphe 99(2) «en plus ou au lieu de toute ordonnance visée au paragraphe (1)» [soulignement

99(1), permitted it to include VIA in its remedial order. The Board had found that VIA was implicated in the breach, had participated actively in all the proceedings spawned by the conductors' initial complaint to the Board of the BLE's breach of the duty of fair representation, and had not complied with *Decision 35*.

(b) paragraph 99(1)(b.1)

[91] Since paragraph 99(1)(b.1) expressly confers on the Board a power to impose terms in defined circumstances, it may be argued that Parliament should be taken to have intended this provision to be exhaustive of the Board's authority to grant this particular remedy. On this assumption, the imposition of terms was unauthorized in this case because, among other things, paragraph 99(1)(b.1) enables the Board to impose terms only to remedy a breach of the duty to bargain in good faith, not a breach of the duty of fair representation.

[92] However, paragraph 99(1)(b.1) was added to the Code in 1999 specifically to confirm the broad view of the "equitable" remedial power in subsection 99(2) that the Board had taken in *Royal Oak Mines*. In these circumstances, I do not accept that paragraph 99(1)(b.1) was intended to be exhaustive of the Board's power to impose terms and thus to narrow the scope of subsection 99(2) so as to preclude the Board from ever resorting to that provision in order to impose terms to remedy a breach of the duty of fair representation.

(ii) Was the award of the remedy in this case patently unreasonable?

[93] For the reasons explained above, I am not persuaded that, in exceptional circumstances, it is necessarily patently unreasonable for the Board to impose terms of a collective agreement on an employer and a union to remedy the union's breach of the duty of fair representation.

[94] *Royal Oak Mines* provides the broad framework within which to consider whether it was patently

ajouté] du Code, l'autorisait à inclure VIA dans l'ordonnance de réparation. Le Conseil avait établi que VIA avait participé au manquement, avait pris part activement à toutes les procédures déclenchées par la plainte initiale des chefs de train au Conseil au sujet du manquement de la FIL à son devoir de représentation juste et n'avait pas mis en œuvre la *décision 35*.

b) L'alinéa 99(1)b.1)

[91] Comme l'alinéa 99(1)b.1) confère expressément au Conseil le pouvoir d'imposer des conditions dans des circonstances déterminées, on peut soutenir que le législateur devait avoir l'intention de rendre cette disposition exhaustive à l'égard du pouvoir du Conseil d'accorder cette réparation particulière. Sur le fondement de cette hypothèse, l'imposition de conditions n'était pas autorisée en l'espèce, du fait notamment que l'alinéa 99(1)b.1) confère au Conseil le droit d'imposer des conditions seulement afin de remédier au manquement au devoir de négociation de bonne foi, et non au manquement au devoir de représentation juste.

[92] Toutefois, l'alinéa 99(1)b.1) a été ajouté au Code en 1999, précisément pour confirmer la portée large du pouvoir de réparation «équitable» visé au paragraphe 99(2), reconnu au Conseil depuis l'arrêt *Royal Oak Mines*. Dans ces circonstances, je n'accepte pas que l'alinéa 99(1)b.1) visait à être exhaustif à l'égard du pouvoir du Conseil d'imposer des conditions et donc à restreindre la portée du paragraphe 99(2) de manière à empêcher le Conseil d'avoir exceptionnellement recours à cette disposition pour imposer des conditions remédiant à un manquement au devoir de représentation juste.

ii) La réparation en l'espèce était-elle manifestement déraisonnable?

[93] Pour les motifs exposés précédemment, je ne suis pas persuadé que, dans des circonstances exceptionnelles, il est nécessairement manifestement déraisonnable pour le Conseil d'imposer des conditions de convention collective à un employeur et à un syndicat pour remédier au manquement du syndicat à son devoir de représentation juste.

[94] L'arrêt *Royal Oak Mines*, fournit le cadre d'ensemble dans lequel il y a lieu d'examiner s'il était

unreasonable for the Board to impose the terms that it did in this case in order to remedy the BLE's breach of the Code. Thus, the question is whether the Board's imposition of terms to resolve the long-running dispute was patently unreasonable on the facts of this case because "the remedy is punitive in nature; . . . there is no rational connection between the breach, its consequences and the remedy; [or] . . . the remedy contradicts the objects and purposes of the Code": *Royal Oak Mines* at paragraph 68.

(a) "no rational relationship between the breach, its consequences and the remedy"

[95] Counsel for VIA argued that, since *Decision 230* was intended to remedy a breach of the Code committed by the BLE, there was no connection between the imposition of terms on VIA and the breach.

[96] I do not agree. Counsel's attempt to portray VIA as an innocent bystander caught up in an *intra* and *inter* union conflict is far removed from reality. The evidence indicates that, from soon after issuing the NEPO, VIA engaged in a course of conduct with respect to the conductors that was censured by the Board.

[97] Thus, after VIA originated the move to abolish the position of conductor as a cost-cutting measure and applied for the merger of the bargaining units, but before it negotiated the CCAA with the BLE, VIA was found to have breached paragraph 50(b) of the Code by attempting unilaterally to abolish the position of conductor: see *VIA Rail Canada Inc. (Re)* (1998), 25 C.L.R.B.R. (2d) 150. The Board subsequently found that VIA and the BLE had engaged in "improper collaboration", and had breached the Code, in negotiating the CCAA: *Decision 35*, at paragraph 126. Finally, the Board found that, contrary to *Decision 35*, VIA had concluded the MOU with the BLE without any input from the conductors, the UTU, or the professional person appointed pursuant to *Decision 35* to assist the conductors.

[98] Consequently, I cannot agree that *Decision 230* is patently unreasonable because there was no rational

manifestement déraisonnable que le Conseil impose les conditions ordonnées en l'espèce afin de remédier au manquement au Code de la FIL. La question soulevée est donc de savoir si l'imposition de conditions par le Conseil pour régler un différend de longue date était manifestement déraisonnable selon les faits de l'espèce au motif que «la réparation est de nature punitive; [. . .] il n'y a pas de lien rationnel entre la violation, ses conséquences et la réparation; [ou] [. . .] la réparation va à l'encontre des objectifs du Code»: arrêt *Royal Oak Mines*, au paragraphe 68.

a) «pas de lien rationnel entre la violation, ses conséquences et la réparation»

[95] L'avocat de VIA a fait valoir que, comme la *décision 230* visait à remédier à un manquement au Code commis par la FIL, il n'y avait pas de lien entre l'imposition de conditions à VIA et le manquement.

[96] Je ne suis pas de cet avis. La tentative de l'avocat de représenter VIA comme un témoin innocent pris dans un conflit au sein du syndicat et inter-syndical a peu à voir avec la réalité. La preuve établit que peu de temps après la publication de l'ENSV, VIA s'est conduite à l'égard des chefs de train d'une manière qui a été condamnée par le Conseil.

[97] Ainsi, après l'initiative de VIA en vue d'abolir le poste de chef de train comme mesure de réduction des coûts et sa demande de fusion des unités de négociation, mais avant la négociation de l'ECE avec la FIL, VIA a été jugée coupable d'avoir manqué à l'alinéa 50b) du Code en cherchant unilatéralement à abolir le poste de chef de train: voir *VIA Rail Canada Inc. (Re)* (1998), 25 C.L.R.B.R. (2d) 150. Le Conseil a établi par la suite que VIA et la FIL avaient eu une «collaboration inappropriée» et avaient manqué au Code en négociant l'ECE: *décision 35* au paragraphe 126. Enfin, le Conseil a conclu que, à l'encontre de la *décision 35*, VIA avait conclu le PE avec la FIL sans aucun apport des chefs de train, des TUT ou du spécialiste nommé en conformité avec la *décision 35* pour aider les chefs de train.

[98] Par conséquent, je ne puis convenir que la *décision 230* est manifestement déraisonnable parce qu'il

relationship between the imposition of terms on VIA and the BLE's breach of the Code. This argument is considered further in connection with the compensatory component of the Board's order.

(b) "the remedy contradicts the objects and purposes of the Code"

[99] The encouragement of free collective bargaining is one of the objectives of the *Canada Labour Code* (*Royal Oak Mines*, at paragraph 73, per Cory J.) and, according to Lamer C.J. (at paragraph 2), the fourth member of the 4-3 majority in *Royal Oak Mines*, "one of the most important". Consequently, a remedial order of the Board that curtails parties' ability to decide for themselves the terms of employment merits careful judicial scrutiny: indeed, Lamer C.J. said (at paragraph 2) that the Board may impose terms of employment only in "exceptional and compelling circumstances".

[100] However, *Royal Oak Mines* also says that the encouragement of free collective bargaining is not the only object and purpose of the Code, and does not necessarily trump all others: *Royal Oak Mines*, at paragraphs 2 and 74. As Cory J. said (at paragraph 74):

The Board is required to balance all the goals of the *Canada Labour Code* and fashion an order that, in the context of the particular situation presented gives a carefully balanced consideration to all the important factors outlined in the preamble.

[101] One of the other objects contained in the Preamble that was relevant in *Royal Oak Mines* was the encouragement of the constructive settlement of disputes. This object is equally relevant in the present case since the parties have been unable to resolve their dispute by agreement, despite previous interventions by the Board ordering the parties to renegotiate the specified items in the CCAA.

[102] I would also note that fair representation is one of the assumptions on which the principle of free

n'y avait aucun lien rationnel entre l'imposition de conditions à VIA et le manquement au Code de la FIL. Cet argument sera examiné plus loin au sujet du dédommagement pécuniaire, l'un des éléments visés dans l'ordonnance du Conseil.

b) «la réparation va à l'encontre des objectifs du Code»

[99] L'encouragement de la pratique des libres négociations collectives est l'un des objectifs du *Code canadien du travail* (le juge Cory dans l'arrêt *Royal Oak Mines*, au paragraphe 73) et selon le juge en chef Lamer (au paragraphe 2), quatrième membre ayant souscrit à l'arrêt *Royal Oak Mines* pris selon une majorité 4-3, «l'un des plus importants». Par conséquent, une ordonnance de réparation du Conseil qui enlève aux parties le pouvoir de décider par elles-mêmes des conditions d'emploi appelle un examen judiciaire attentif: le juge en chef Lamer a dit en effet (au paragraphe 2) que le Conseil ne peut imposer de conditions d'emploi qu'en présence de «circonstances exceptionnelles et contraignantes».

[100] Toutefois, l'arrêt déclare également que l'encouragement de la pratique des libres négociations collectives n'est pas le seul objectif du Code et n'éclipse pas nécessairement tous les autres: *Royal Oak Mines*, aux paragraphes 2 et 74. Comme le dit le juge Cory (au paragraphe 74):

Le Conseil est tenu d'équilibrer tous les objectifs du *Code canadien du travail* et, au moment de concevoir son ordonnance, de bien peser, dans le contexte du cas qui l'occupe, tous les facteurs importants énumérés dans le préambule.

[101] L'un des autres objectifs figurant dans le préambule qui avait une pertinence dans l'arrêt *Royal Oak Mines*, était l'encouragement du règlement positif des différends. Cet objectif est également pertinent en l'espèce puisque les parties ont été incapables de régler leur différend par une entente, en dépit des interventions antérieures du Conseil qui avait ordonné aux parties de renégocier certains éléments déterminés de l'ECE.

[102] Je note également que la représentation juste est l'un des postulats sur lequel repose le principe de la libre

collective bargaining rests: employees who can only bargain with their employer through an agent that disregards their interests and aspirations have effectively been denied their right to free collective bargaining. In our case, the conductors were denied this right by the BLE. As the Board observed in *Decision 35* (at paragraph 122):

The union's behaviour is tantamount to the absence of representation within the context of collective bargaining.

Hence, in an important sense, the Board's ability to effectively enforce the duty of fair representation strengthens, not undermines, the principle of free collective bargaining.

[103] Counsel for VIA also suggested that, even if there was no real prospect that the parties would agree on the implementation of *Decision 35*, it would have been more consistent with the Code if the Board had allowed the differences to be resolved through industrial action. In my opinion, this is not a viable option in a case where a minority of the members of the bargaining unit, the conductors, have been the subject of discrimination by the union. As long as VIA and the BLE remain essentially on the same side on the disputed items, the conductors will never realistically be in a position to resort to lawful strike action to protect their interests.

[104] In stating that an order would be patently unreasonable if it contradicted the objects and purposes of the Code, Cory J. did not, in my view, thereby intend a reviewing court to decide for itself how the various objects and purposes of the Code should be balanced in a given factual context. Because such an exercise will often, as here, involve an assessment of a complex and fluid labour relations situation with a substantial history, the balancing exercise would seem clearly to be more within the province of the Board than of the Court and, as such, entitled to considerable curial deference.

[105] In reviewing the legality of Board-imposed terms of employment, the Court's role is to ensure that the Board recognized that the imposition of terms is a significant interference with the important principle of

négociation collective: des employés qui ne peuvent négocier avec leur employeur que par l'entremise d'un agent ne tenant pas compte de leurs intérêts et de leurs aspirations sont en effet privés de leur droit de libre négociation collective. En l'espèce, les chefs de train se sont vu dénier ce droit par la FIL. Comme le Conseil l'a fait observer dans la *décision 35* (au paragraphe 122):

La conduite du syndicat équivaut à une absence de représentation dans le contexte de la négociation collective.

En un sens important, le pouvoir du Conseil de faire respecter efficacement le devoir de représentation juste renforce donc, plutôt qu'il n'affaiblit, le principe de la libre négociation collective.

[103] L'avocat de VIA a également suggéré que même s'il n'y avait aucun signe réel d'entente des parties sur la mise en œuvre de la *décision 35*, il aurait été plus conforme au Code que le Conseil laisse les différends se régler par la voie d'une procédure de relations du travail. À mes yeux, il ne s'agit pas là d'une option viable dans un cas où une minorité de membres de l'unité de négociation, en l'occurrence les chefs de train, ont fait l'objet d'une discrimination de la part de leur syndicat. Tant que VIA et la FIL partagent fondamentalement la même position à l'égard des points en litige, les chefs de train ne seront jamais, de manière réaliste, en mesure de recourir à une mesure de grève licite pour protéger leurs intérêts.

[104] En déclarant qu'une ordonnance serait manifestement déraisonnable si elle allait à l'encontre des objectifs du Code, le juge Cory n'entendait pas par là, selon moi, qu'une cour de révision décide elle-même comment harmoniser les divers objectifs du Code dans une situation de fait donnée. Cet exercice exige souvent, comme en l'espèce, d'apprécier une situation de relations du travail complexe et changeante, comportant de nombreux antécédents; aussi l'harmonisation des objectifs semble nettement ressortir davantage au Conseil qu'à la Cour et, à ce titre, justifier une retenue judiciaire considérable.

[105] Dans le contrôle de la légalité des conditions d'emploi imposées par le Conseil, le rôle de la Cour est de veiller à ce que le Conseil ait reconnu que l'imposition de conditions constitue une grande

free collective bargaining and that, consequently, it is a remedy that must be reserved for exceptional cases in which attempts to resolve a serious dispute consensually have foundered and there is no practicable alternative to Board intervention.

[106] Nonetheless, the policy of judicial deference requires that the Board be given latitude in determining how competing statutory objectives should be balanced in the context of particular facts. Hence, the Court must not substitute its view for that of the Board on when it will unduly jeopardize the attainment of other statutory objectives and purposes to force the parties further along a consensual path. In my view, the Court should only set aside a decision on the ground that the Board's order contradicted the objects and purposes of the Code by striking an improper balance among relevant objects and purposes if the order was patently unreasonable, in view of both the importance of encouraging free collective bargaining and the facts of the case.

[107] I turn now to the facts of the present case in order to answer the following question: given the importance attached by the Code to the principle of free collective bargaining, was it patently unreasonable for the Board, in all the circumstances, to have imposed terms dealing with the three contentious items in the CCAA, rather than permitting the consensual mediation-arbitration process conducted by Mr. Picher to run its course?

[108] In answering this question, I have considered three aspects of the dispute: its context, the feasibility of the parties' settling the disputed issues without further undue delay, and the terms imposed by the Board on VIA and the BLE.

1. Context

[109] A review of the circumstances in which the Board made the remedial order in *Decision 230* cannot start with the appointment of Mr. Picher as mediator-arbitrator. It will be recalled that the BLE's breach of the Code was committed in the period leading up to the conclusion of the CCAA in 1998 and that, on

ingérence dans le principe important de la libre négociation collective et que, par conséquent, cette réparation doit être réservée aux cas exceptionnels où des tentatives de règlement consensuel d'un différend grave ont échoué et où il n'y a pas d'autre option possible que l'intervention du Conseil.

[106] Néanmoins, la politique de retenue judiciaire exige que le Conseil dispose de latitude pour décider comment des objectifs visés par la loi qui sont en concurrence doivent être équilibrés dans le contexte de faits particuliers. La Cour ne doit donc pas substituer son opinion à celle du Conseil sur la question de savoir dans quels cas imposer aux parties de poursuivre encore dans une voie consensuelle mettra indûment en péril l'atteinte d'autres objectifs de la loi. J'estime que la Cour ne doit annuler une décision qu'au motif que l'ordonnance du Conseil allait à l'encontre des objectifs du Code en établissant un déséquilibre entre des objectifs pertinents, si l'ordonnance était manifestement déraisonnable, à la lumière à la fois de l'importance d'encourager la libre négociation collective et des faits de l'espèce.

[107] Je passe maintenant aux faits de l'espèce en vue de répondre à la question suivante: étant donné l'importance qu'attache le Code au principe de la libre négociation collective, était-il manifestement déraisonnable pour le Conseil, au vu de l'ensemble des circonstances, d'imposer des conditions concernant les trois points litigieux de l'ECE, plutôt que d'autoriser la poursuite de la procédure consensuelle de médiation-arbitrage dirigée par M. Picher?

[108] Pour répondre à la question, j'ai considéré trois aspects du différend: le contexte, la faisabilité du règlement des points en litige par les parties sans nouveau retard indu et les conditions imposées par le Conseil à VIA et à la FIL.

1. Le contexte

[109] L'examen des circonstances entourant l'ordonnance de réparation du Conseil dans la *décision 230* ne peut débiter avec la nomination de M. Picher comme médiateur-arbitre. On se rappellera que le manquement au Code de la FIL a été commis dans la période menant à l'adoption de l'ECE en 1998 et que, le

October 22, 1999, *Decision 35* sought to remedy that breach by, among other things, ordering the parties to renegotiate three items of the CCAA dealing with the consequences of the merger of the two bargaining units.

[110] None of these items had been resolved by renegotiation among the parties as required by *Decision 35*. Nor had the BLE complied with that provision in the Board's order obliging it to pay the costs incurred by the conductors in participating in the mediation-arbitration. In its reconsideration decision not to extend Mr. Picher's mandate, the Board took into account its view that, in the time that had elapsed since it had issued *Decision 35*, the BLE and VIA seemed to have devoted a great deal of time and effort to litigious skirmishing, but relatively little to implementing *Decision 35: VIA Rail Canada Inc. (Re)*, [2002] CIRB No. 163; [2002] C.I.R.B.D. No. 10 (QL).

2. The feasibility of a timely settlement

[111] The seriousness of the situation with which the Board was faced in *Royal Oak Mines* was virtually unparalleled in the history of labour relations in Canada in the degree of violence and bitterness that it engendered. Nine miners who crossed the picket lines were murdered. The strike also had devastating economic and social consequences on the local community, where the mine provided a major source of employment. The issues in dispute were extremely complex, the strike had been very long, and the company adamantly refused to reinstate dismissed striking employees. In these extraordinary circumstances, the Board concluded, there was no prospect of an agreement between the parties and an early return to work was essential for all concerned, including the community.

[112] Fortunately, nothing as extreme exists in the present case. Nonetheless, the dispute that the Board sought to resolve in *Decision 230* involved difficult and seemingly intractable labour relations issues arising from the amalgamation of two crafts: job reductions,

22 octobre 1999, la *décision 35* visait à remédier à ce manquement, notamment en ordonnant aux parties de renégocier les trois points de l'ECE traitant des conséquences de la fusion des deux unités de négociation.

[110] Aucun de ces points n'avait été réglé par renégociation entre les parties comme le prescrivait la *décision 35*. La FIL ne s'était pas non plus conformée à la disposition de l'ordonnance du Conseil qui l'obligeait à payer les coûts engagés par les chefs de train pour leur participation à la procédure de médiation-arbitrage. Dans sa décision rejetant le réexamen de la décision antérieure de ne pas prolonger le mandat de M. Picher, le Conseil a tenu compte de l'opinion qu'il avait exprimée, à savoir qu'au cours du délai écoulé depuis la publication de la *décision 35* du Conseil, la FIL et VIA semblaient avoir consacré beaucoup de temps et d'efforts à des escarmouches, mais relativement peu à la mise en œuvre de la *décision 35: VIA Rail Canada Inc. (Re)*, [2002] CCRI n° 163; [2002] D.C.C.R.T. n° 10 (QL).

2. La faisabilité d'un règlement rapide

[111] La gravité de la situation à laquelle était confronté le Conseil dans l'arrêt *Royal Oak Mines*, était pratiquement sans précédent, au plan de la violence et de l'amertume, dans l'histoire des relations du travail au Canada. Neuf mineurs qui avaient franchi la ligne de piquetage avaient été assassinés. La grève avait également eu des conséquences économiques et sociales dévastatrices sur la collectivité locale, la mine y étant une importante source d'emploi. Les questions en litige étaient extrêmement complexes, la grève avait été très longue et la société s'était fermement opposée à la réintégration des grévistes. Dans ces circonstances extraordinaires, le Conseil a conclu qu'il n'y avait aucun signe d'entente entre les parties et qu'un retour rapide au travail était essentiel pour tous les intéressés, notamment pour la collectivité.

[112] Heureusement, il n'y a rien d'aussi extrême en l'espèce. Néanmoins, le différend que cherchait à régler le Conseil par la *décision 230* portait sur des questions de relations du travail difficiles et apparemment insolubles, issues de la fusion de deux groupes

eligibility and retraining for the new craft, the transfer of employees between two employers and the integration of the seniority lists of the former conductors and of the existing locomotive engineers.

[113] In dismissing a motion to reconsider its decision not to extend the mandate of Mr. Picher beyond February 11, 2002, the Board provided a full account of the considerations that had persuaded it not to grant a third extension, but to order a hearing on the outstanding issues.

[114] First, in the two and a half years that had elapsed since *Decision 35* was issued on October 22, 1999, the parties had been unable to reach an agreement on any of the outstanding issues identified by the Board in *Decision 35*, despite facilitation efforts by an officer of the Board, and Board-ordered mediation-arbitration. Indeed, four and a half years have now elapsed since the Board rendered *Decision 35* and the conductors have still received no redress for the BLE's breach of the Code in 1998.

[115] The Board particularly observed in *Decision 230* (at paragraph 27) that the BLE had not complied with the provision of the order in *Decision 35* requiring it to pay legal costs incurred by the conductors during the mediation-arbitration, a provision which was outside Mr. Picher's mandate. In its reconsideration decision, the Board noted (at paragraph 19) the conductors' submission that they had exhausted their personal financial resources and would be unable to participate in the mediation sessions.

[116] Second, the Board also stated in the reconsideration decision (at paragraph 18) that the focus of the mediation seemed to have shifted from resolving the unresolved remedial issues in *Decision 35* to:

. . . a much larger dispute between VIA and CN, with regard, *inter alia*, to the effect of the Quebec Superior Court's decision on the triggering of the special agreement's provisions. This

professionnels: des réductions d'emplois, l'admissibilité et le recyclage du nouveau groupe professionnel, le transfert du personnel entre les deux employeurs et l'intégration des listes d'ancienneté des anciens chefs de train et des mécaniciens de locomotive actuels.

[113] En rejetant une requête en réexamen de sa décision de ne pas prolonger le mandat de M. Picher au-delà du 11 février 2002, le Conseil a rendu compte exhaustivement des considérations qui l'ont persuadé de refuser une troisième prolongation et d'ordonner une audience sur les questions encore en litige.

[114] En premier lieu, au cours des deux ans et demi qui s'étaient écoulés depuis la publication de la *décision 35*, le 22 octobre 1999, les parties avaient été incapables d'en arriver à une entente sur aucune des questions non réglées identifiées par le Conseil dans la *décision 35*, en dépit des efforts de facilitation d'un membre du Conseil et d'une ordonnance de médiation-arbitrage rendue par le Conseil. En fait, quatre ans et demi se sont maintenant écoulés depuis la *décision 35* rendue par le Conseil et les chefs de train n'ont toujours pas reçu de réparation à l'égard du manquement au Code de la FIL en 1998.

[115] Le Conseil a fait observer précisément dans la *décision 230* (au paragraphe 27) que la FIL n'avait pas satisfait à la disposition de l'ordonnance de la *décision 35* qui lui imposait de payer les frais judiciaires engagés par les chefs de train au cours de la médiation-arbitrage, disposition exclue du mandat de M. Picher. Dans sa décision relative à la demande de réexamen, le Conseil a noté (au paragraphe 19) l'observation formulée par les chefs de train, qu'ils avaient épuisé leurs ressources financières personnelles et n'avaient plus les moyens de participer aux séances de médiation.

[116] Deuxièmement, le Conseil a également déclaré dans sa décision relative à la demande de réexamen (au paragraphe 18) que la direction de la médiation semblait s'être déplacée du règlement des questions de réparation non réglées de la *décision 35* vers:

[. . .] un différend beaucoup plus profond entre VIA et le CN concernant, entre autres choses, l'incidence de la décision de la Cour supérieure du Québec sur la mise à exécution des

issue, while worthwhile in terms of longer-term labour relations objectives, appears to have taken on a life of its own, to the point of displacing the central issue, which was the subject of the Board's remedial order.

[117] Third, in its reconsideration of the decision not to give Mr. Picher more time, the Board noted (at paragraph 19) that it was difficult to square an imminent resolution of the issues through the mediation-arbitration process with the "vitriolic tone" of the parties' submissions and the BLE's apparent unwillingness to accept that part of the order in *Decision 35* providing a role for the conductors' representatives in developing a common position to put to VIA on the CCAA. Negotiations could not be permitted to drag on indefinitely if conductors were ever going either to secure reasonable opportunities for qualifying as locomotive engineers with appropriate levels of seniority, especially given an aging workforce, or to receive compensation in lieu.

[118] Finally, the process of successfully negotiating an agreement was no doubt made more difficult by the order in *Decision 35* for the appointment of a professional person who would assist the conductors and "share an equal voice with BLE representatives in coming to an agreement". Nonetheless, in dismissing the applications for judicial review of *Decision 35* in *VIA I*, this Court summarized the principal elements of the remedy ordered by the Board, including the words that I have just quoted, and concluded (at paragraph 59): "These measures were a rational and proportional response to the contraventions of the BLE."

[119] It is unnecessary for the purpose of the present applications to determine precisely what role the Board envisaged for the conductors' independent representative in the renegotiation process. Suffice it to say that it was not patently unreasonable for the Board to have concluded that the exclusion of the conductors and their

dispositions de l'entente spéciale. Cette question, dont on ne peut certes nier l'importance sur le plan des objectifs à long terme liés aux relations de travail, semble avoir mobilisé toutes les énergies au point de reléguer au second plan la question principale, sur laquelle portait l'ordonnance réparatrice du Conseil.

[117] Troisièmement, dans son réexamen de la décision de ne pas accorder plus de temps à M. Picher, la Conseil a noté (au paragraphe 19) qu'il était difficile de concilier l'imminence d'un règlement des questions par la voie de la procédure de médiation-arbitrage avec le «ton mordant» des observations des parties et le refus manifeste de la FIL d'accepter cette partie de l'ordonnance comprise dans la *décision 35* donnant aux représentants des chefs de train un rôle dans l'élaboration d'une position commune à présenter à VIA au sujet de l'ECE. On ne pouvait laisser les négociations traîner en longueur indéfiniment si l'on voulait que les chefs de train aient jamais des possibilités raisonnables d'acquérir les qualifications de mécaniciens de locomotive avec les niveaux d'ancienneté appropriés, en particulier compte tenu du vieillissement des effectifs, ou reçoivent un dédommagement en compensation.

[118] Enfin, le processus de négociation réussie d'une entente a incontestablement été rendu plus difficile par l'ordonnance de la *décision 35* portant la désignation d'un spécialiste chargé d'aider les chefs de train et qui «aura voix au chapitre au même titre que les représentants de la FIL pour ce qui est de conclure une entente». Néanmoins, en rejetant les demandes de contrôle judiciaire de la *décision 35* dans l'arrêt *VIA I*, la Cour a résumé les principaux éléments de la réparation ordonnée par le Conseil, notamment avec la formulation que je viens tout juste de citer, et a conclu (au paragraphe 59): «Ces mesures constituaient des réactions rationnelles et proportionnelles aux contraventions commises par la FIL».

[119] Aux fins des présentes demandes, il n'est pas nécessaire d'établir précisément quel rôle le Conseil envisageait pour le représentant indépendant des chefs de train dans la procédure de renégociation. Qu'il suffise de dire qu'il n'était pas manifestement déraisonnable pour le Conseil de conclure que l'exclusion des chefs de train

appointed representative from the negotiation of the MOU was contrary to *Decision 35*.

3. The terms imposed

[120] The terms that the Board imposed in *Royal Oak Mines* had been put forward by the employer earlier in the negotiations and were acceptable to the employees. Despite the tentative agreement that the parties in that case appear to have reached, and the continuing acceptability of the terms to the employer, the employer subsequently withdrew them. To remedy the employer's failure to bargain in good faith, the Board ordered it to bring those terms forward again, so that they could be the subject of a ratification vote by the union members. On the other hand, on those items in the tentative agreement on which the employer had changed its position, the Board only ordered the parties to negotiate.

[121] There is no doubt that *Decision 230* goes further than the Board's decision considered in *Royal Oak Mines*, in the sense that most of the terms imposed by the Board in *Decision 230* had never been proposed by VIA and/or the BLE, and were not subject to ratification by members of the bargaining unit. On the other hand, the terms imposed by the Board represented a relatively small portion of the total collective agreement. "Dovetailing" of the seniority lists of the former conductors and the existing locomotive engineers had in fact been proposed by VIA during the bargaining in 1998, but had been rejected by the BLE.

[122] More important, the Board only imposed terms with respect to items on which it had based its finding in *Decision 35* that the BLE had breached the Code, and which it had ordered the parties to renegotiate. Further, in a case where the breach of the Code involved a failure by the union fairly to represent a minority group, it was not patently unreasonable for the Board to have decided that a ratification vote was not appropriate. Finally, I would note that the parties had agreed to have the issues in dispute resolved by mediation-arbitration, albeit by an arbitrator on which all agreed.

et de leur représentant désigné de la négociation du PE allait à l'encontre de la *décision 35*.

3. Les conditions imposées

[120] Les conditions imposées par le Conseil dans l'arrêt *Royal Oak Mines*, avaient été proposées par l'employeur plus tôt dans les négociations et étaient acceptables pour les employés. Malgré l'entente de principe que les parties en l'espèce semblent avoir conclue et l'acceptabilité continue des conditions par l'employeur, ce dernier les a subséquemment retirées. Pour pallier le défaut de l'employeur de négocier de bonne foi, le Conseil lui a ordonné de présenter de nouveau ces conditions, pour qu'elle fassent l'objet d'un scrutin de ratification de la part des membres du syndicat. D'autre part, s'agissant des points de l'entente de principe sur laquelle l'employeur avait changé sa position, le Conseil a seulement ordonné aux parties de négocier.

[121] Il est certain que la *décision 230* va plus loin que la décision du Conseil examinée dans l'arrêt *Royal Oak Mines*, dans la mesure où la plupart des conditions imposées par le Conseil dans la *décision 230* n'avaient jamais été proposées par VIA et/ou la FIL et n'étaient pas soumises à la ratification des membres de l'unité de négociation. Par contre, les conditions imposées par le Conseil représentaient une partie relativement faible de l'ensemble de la convention collective. L'«intégration» des listes d'ancienneté des anciens chefs de train et des mécaniciens de locomotive actuels avait en fait été proposée par VIA au cours de la négociation de 1998, mais avait été rejetée par la FIL.

[122] Ce qui est encore plus important, c'est que le Conseil n'imposait de conditions qu'à l'égard des éléments sur lesquels étaient fondées ses conclusions dans la *décision 35* au sujet du manquement au Code de la FIL et qu'il avait ordonné aux parties de renégocier. En outre, dans une affaire où le manquement au Code touchait un manquement du syndicat au devoir de représentation juste d'un groupe minoritaire, il n'était pas manifestement déraisonnable que le Conseil ait décidé qu'un scrutin de ratification n'était pas indiqué. Enfin, je noterais que les parties avaient convenu de régler les questions en litige par la médiation-arbitrage, à l'aide d'un arbitre sur lequel elles s'entendaient toutes.

(c) Conclusions

[123] The Board may only impose terms to remedy a breach of the Code in very unusual circumstances: when there is no other reasonably practicable alternative if a serious breach of the Code is to be effectively remedied. In my view, the Board's remedy cannot be said to be patently unreasonable in the circumstances of this case.

Failure to reach consensus

[124] In dealing with this lengthy and difficult labour dispute, the Board has clearly recognized the importance of free collective bargaining. From the release of *Decision 35* in October 1999, until the issue of *Decision 230* in May 2003, the Board actively encouraged the parties to remedy the BLE's breach of the Code by settling the disputed items in the CCAA by negotiation. Even when the Board announced that it would hold hearings on the conductors' legal expenses and the disputed items on the CCAA, it invited the parties to continue to try to resolve their dispute consensually, with or without Mr. Picher's assistance.

[125] In light of the failure of all these attempts to produce tangible results, it was not patently unreasonable for the Board to decide that the parties were unlikely to reach a timely resolution of their dispute in accordance with the Board's order in *Decision 35*, despite the assistance of Mr. Picher. While Mr. Picher's appointment and the terms of his mandate were agreed to by the parties, including the first two completion dates, the order setting up the mediation-arbitration process expressly reserved the jurisdiction of the Board over unresolved matters concerning the remedies.

[126] The situation facing the Board in the present case raised labour relations issues of complexity and intractability that have continued to give rise to great antagonism among the parties. Mr. Picher is the eighth person brought in to attempt to settle the dispute. In view of the limited progress that was being made on the

c) Conclusions

[123] Le Conseil ne peut imposer de conditions comme réparation à un manquement au Code que dans des circonstances très exceptionnelles: dans le cas où il n'y a pas d'autre option faisable pour remédier efficacement à un manquement grave au Code. À mon avis, la réparation du Conseil ne peut être réputée manifestement déraisonnable dans les circonstances de l'espèce.

L'incapacité d'obtenir un consensus

[124] Dans le traitement de ce conflit de travail long et difficile, le Conseil a sans ambiguïté reconnu l'importance de la libre négociation collective. Depuis la publication de la *décision 35* en octobre 1999 jusqu'à la publication de la *décision 230* en mai 2003, le Conseil a encouragé activement les parties à remédier au manquement de la FIL au Code en mettant les éléments en litige dans le cadre de la négociation de l'ECE. Même lorsque le Conseil a annoncé qu'il tiendrait des audiences au sujet des frais judiciaires des chefs de train et des éléments en litige de l'ECE, il a invité les parties à poursuivre leurs efforts pour régler leur différend de manière consensuelle, avec ou sans l'aide de M. Picher.

[125] Compte tenu de l'échec de toutes ces tentatives en vue d'obtenir des résultats concrets, il n'était pas manifestement déraisonnable que le Conseil décide que les parties n'allaient vraisemblablement pas en arriver à un règlement rapide de leur différend en conformité avec l'ordonnance du Conseil figurant à la *décision 35*, malgré l'aide de M. Picher. La nomination de M. Picher et les termes de son mandat avaient été convenus par les parties, notamment les deux premières dates d'achèvement, mais l'ordonnance établissant la procédure de médiation-arbitrage prévoyait que le Conseil puisse se ressaisir des questions non résolues relatives aux réparations.

[126] La situation à laquelle le Conseil avait affaire en l'espèce soulevait des questions de relations du travail dont le caractère complexe et insoluble a continué de susciter un fort antagonisme entre les parties. M. Picher est la huitième personne à laquelle on a demandé d'intervenir pour chercher à résoudre le différend.

mediation of the issues, and of the length of time that had elapsed since the Board ordered the parties to resolve their differences through negotiation, it was not patently unreasonable for the Board to conclude that there was no realistic possibility that the dispute would soon be resolved.

[127] The principle of free collective bargaining does not demand that the Board require the parties to continue in a process which it reasonably believes to have been derailed by issues other than those that the mediation-arbitration was established to resolve. The Board must be able to impose terms as a last resort if it is to discharge its statutory duty to facilitate the constructive resolution of disputes, to ensure the integrity of the bargaining process by effectively remedying breaches of the duty of fair representation, and to oversee the due implementation of its remedial orders.

Picher's process

[128] In his thoughtful reasons, Pelletier J.A. says that the Board-ordered terms impinge much more on the principle of free collective bargaining than any terms that Mr. Picher might have imposed if he had been unable to resolve the dispute by mediation. I agree that, because all parties consented to the Board's order appointing Mr. Picher and prescribing his mandate, his award would have had a consensual aspect that the unilateral order of the Board in *Decision 230* lacked.

[129] However, in my respectful view, my colleague overstates the differences between *Decision 230* and terms that Mr. Picher might have imposed. The Board's order creating the mediation-arbitration process provided that any award made by Mr. Picher would itself be an order of the Board, as was, of course, the order made in *Decision 230*. Presumably, the parties could elect to incorporate terms into the collective agreement, whether they had been imposed by the Board itself or by a Board order containing an award by Mr. Picher. However, unless the Board varied the order establishing the Picher process and the order in *Decision 230*, both sets of terms

Compte tenu du peu de progrès enregistrés sur les questions au cours de la médiation et du délai écoulé depuis que le Conseil avait ordonné aux parties de régler leur litige par la négociation, il n'était pas manifestement déraisonnable pour le Conseil de conclure à l'absence d'une réelle possibilité d'un règlement imminent du différend.

[127] Le principe de la libre négociation collective ne commande au Conseil de forcer les parties à poursuivre une procédure dont il estime raisonnablement qu'elle a dévié sur d'autres questions que celles que la procédure de médiation-arbitrage était conçue pour régler. Le Conseil doit être en mesure d'imposer des conditions en dernier ressort s'il doit s'acquitter de l'obligation que lui confère la loi de faciliter le règlement positif des différends, afin d'assurer l'intégrité de la procédure de négociation en remédiant efficacement aux manquements au devoir de représentation juste, et de surveiller la mise en œuvre correcte de ses ordonnances réparatrices.

La procédure de M. Picher

[128] Dans ses motifs réfléchis, le juge Pelletier, J.C.A., dit que les conditions ordonnées par le Conseil empiètent beaucoup plus sur le principe de la libre négociation collective que toute condition que M. Picher aurait pu prescrire, s'il avait été capable de régler le différend par la médiation. J'en conviens, du fait que toutes les parties ont donné leur consentement à l'ordonnance du Conseil désignant M. Picher et lui conférant un mandat, sa décision en matière de réparation aurait eu un aspect consensuel que n'a pas l'ordonnance unilatérale du Conseil dans la *décision 230*.

[129] Toutefois, en toute déférence, mon collègue exagère les différences entre la *décision 230* et les conditions que M. Picher aurait pu prescrire. L'ordonnance du Conseil créant la procédure de médiation-arbitrage prévoyait que toute décision rendue par M. Picher serait en elle-même une ordonnance du Conseil, comme l'était, naturellement, l'ordonnance rendue dans la *décision 230*. On peut présumer que les parties pouvaient choisir d'incorporer les conditions à la convention collective, qu'elles aient été imposées par le Conseil lui-même ou par une ordonnance du Conseil contenant une décision de M. Picher. Cependant, à moins

would also remain orders of the Board, and employees who were not satisfied with the BLE's handling of grievances through the normal arbitration process could always return to the Board for a remedy.

[130] Moreover, whether the Board's order comprised Picher-imposed terms or Board-imposed terms, it would not be subject to ratification by members of the BLE. And, whether the Board-imposed terms will have more negative effects on the future labour relations of the parties than any terms that Mr. Picher might have imposed must, in my opinion, be a matter of pure speculation and hence an inadequate basis for concluding that *Decision 230* is patently unreasonable.

No reviewable error

[131] Nor can it be said that the Board in *Decision 230* obviously misinterpreted a provision of its enabling statute, made a material and totally unsupported finding of fact, ignored a factor that Parliament obviously intended the Board to consider, or took into account a manifestly irrelevant consideration.

[132] The Court is not being asked by VIA and the BLE to review the exercise of the Board's discretion not to extend Mr. Picher's mandate. However, the rationality of the Board's conclusion that the mediation-arbitration process no longer provided a suitable forum for the resolution of the parties' differences is relevant to the overall determination that the Court must make on the legality of the Board's imposition of terms.

[133] The Board was entitled to take into consideration the interests of the conductors in deciding not to grant another extension to Mr. Picher, but to resolve the matter itself. After all, the conductors were the victims of BLE's breach of the Code and of the

que le Conseil modifie l'ordonnance établissant la procédure de M. Picher et l'ordonnance de la *décision 230*, les deux ensembles de conditions demeuraient également des ordonnances du Conseil et les employés qui n'étaient pas satisfaits du traitement des plaintes fait par la FIL par la voie de la procédure normale d'arbitrage pouvaient toujours revenir au Conseil pour demander une réparation.

[130] En outre, que l'ordonnance du Conseil comprenne les conditions imposées par M. Picher ou celles du Conseil, elle ne doit pas être soumise à la ratification des membres de la FIL. Aussi, le fait de savoir si les conditions imposées par le Conseil auront des effets plus négatifs sur les relations de travail à venir des parties que celles que M. Picher aurait pu imposer doit, à mon avis, être une question de pure conjecture et constitue de ce fait un fondement inadéquat pour conclure que la *décision 230* est manifestement déraisonnable.

Absence d'erreur susceptible de révision

[131] On ne peut non plus affirmer que le Conseil, dans la *décision 230*, a manifestement mal interprété une disposition de sa loi habilitante, a tiré une conclusion de fait importante totalement non fondée, n'a pas tenu compte d'un facteur que le législateur voulait manifestement que le Conseil considère ou a tenu compte d'une considération manifestement non pertinente.

[132] VIA et la FIL ne demandent pas à la Cour de contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Conseil de ne pas prolonger le mandat de M. Picher. Toutefois, la rationalité de la conclusion du Conseil selon laquelle la procédure de médiation-arbitrage ne fournissait plus un cadre adapté au règlement des différends entre les parties est pertinente à l'égard de la décision globale que doit rendre la Cour sur la légalité de l'imposition de conditions par le Conseil.

[133] Le Conseil avait le droit de prendre en considération les intérêts des chefs de train dans sa décision de ne pas accorder de nouvelle prolongation au mandat de M. Picher et de trancher l'affaire lui-même. Au fond, les chefs de train étaient les victimes du

parties' failure to implement the Board's order in *Decision 35*. Nor can I assume that, because the Board did not expressly refer to the fact that Mr. Picher's mandate included arbitrating the disputed items that it had forgotten this aspect of the terms of his appointment that the Board itself had approved.

[134] Finally, it is important to reiterate the very limited role assigned to the Court's review function by the standard of patent unreasonableness, a standard which it was said in *Ryan* (at paragraph 52) focuses on "the immediacy or obviousness" of the defect in the decision under review which makes it "so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand." More recently, patent unreasonableness has also been said to invalidate only those administrative decisions that "almost border on the absurd": *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, at paragraph 18 (*per* Major J.).

[135] On the facts of this case, I am not persuaded that, even given the importance of free collective bargaining, the Board's imposition of terms pursuant to the broad powers conferred by subsection 99(2) is patently unreasonable in either of the senses described above. *Decision 230* therefore cannot be said to contradict the objects and purposes of the Code.

ISSUE 4 Was it patently unreasonable for the Board to order VIA to pay compensation when it had not been found to have breached the Code?

[136] VIA says that the Board's order is punitive in nature and thus patently unreasonable by virtue of *Royal Oak Mines*. Counsel argues that, since the Board had not found VIA to be in breach of the Code, it was punitive to make an order against it. Although this argument was made with respect to the order as a whole in *Decision 230*, it seems particularly apt as regards the provision

manquement au Code de la FIL et du défaut des parties de mettre en œuvre l'ordonnance du Conseil comprise dans la *décision 35*. Je ne puis non plus faire l'hypothèse que le Conseil, parce qu'il n'a pas fait expressément mention du fait que le mandat de M. Picher incluait l'arbitrage des points en litige, avait oublié cet aspect des conditions de sa nomination que le Conseil avait lui-même approuvé.

[134] En dernier lieu, il est important de rappeler le rôle très limité attribué à la fonction de révision de la Cour selon la norme de la décision manifestement déraisonnable, norme décrite dans l'arrêt *Ryan*, (au paragraphe 52) comme axée sur «le caractère flagrant et évident» du défaut de la décision sous contrôle, qui la rend «à ce point viciée qu'aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir». Plus récemment, un arrêt a aussi déclaré que le caractère manifestement déraisonnable n'invalideait que les décisions administratives «frôlant l'absurde»: *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, au paragraphe 18 (le juge Major).

[135] S'agissant des faits de l'espèce, je ne suis pas persuadé que, malgré l'importance de la libre négociation collective, l'imposition de conditions par le Conseil en vertu des larges pouvoirs conférés par le paragraphe 99(2) est manifestement déraisonnable dans l'un ou l'autre des sens décrits ci-dessus. La *décision 230* ne peut donc être réputée aller à l'encontre des objectifs du Code.

QUESTION N° 4 Était-il manifestement déraisonnable que le Conseil ordonne à VIA de verser un dédommagement alors qu'il n'avait pas été établi qu'elle avait manqué au Code?

[136] VIA dit que l'ordonnance du Conseil est de nature punitive et donc manifestement déraisonnable selon l'arrêt *Royal Oak Mines*. L'avocat soutient que, comme le Conseil n'avait pas établi que VIA avait commis un manquement au Code, rendre une ordonnance contre elle avait un caractère punitif. Bien que cet argument touche l'ensemble de l'ordonnance dans la

making VIA jointly and severally liable with the BLE for the payment of compensation to some conductors. In civil litigation, a court can only order the payment of damages by a party whom it has found liable of unlawful conduct.

[137] Those entitled to monetary compensation under the terms of the Board's order in *Decision 230* include: conductors from the eligibility list who elected to receive compensation in lieu of the redress offered by the part of the order dealing with eligibility to qualify as a locomotive engineer; conductors who were unable to qualify or apply for locomotive engineer training because of a medical disability; and conductors who qualified as locomotive engineers after July 1, 1998, but who had lost earnings and benefits because they were given less seniority than they were entitled to under the Board's order.

[138] In addition, the Board ordered VIA to pay the wages and expenses of conductors while undergoing training to qualify as locomotive engineers. VIA will also bear the cost of training the conductors to fill the 75 locomotive engineer vacancies likely to occur in the foreseeable future.

[139] The Board did not put a dollar amount on the compensation payable to members of each group, nor did it fix a maximum sum for the total liability. VIA was given until July 15, 2003, to respond to individual claims for compensation. VIA had identified 249 conductors who would be entitled to compensation under the Board's order, although some may choose specific redress in lieu of compensation. The record is unclear on the total amount that VIA could be required to pay as a result of the Board's order, but it is clearly substantial. No determination has yet been made of the proportions in which the amount of VIA and the BLE's joint and several liability should be allocated between them.

décision 230, il semble particulièrement adapté à la disposition rendant VIA solidairement responsable avec la FIL du paiement d'un dédommagement à certains chefs de train. Dans un procès civil, un tribunal ne peut ordonner le paiement de dommages-intérêts qu'à une partie qu'il a jugée responsable d'un comportement illicite.

[137] Les personnes ayant droit à un dédommagement pécuniaire aux termes de l'ordonnance du Conseil dans la *décision 230* sont notamment: les chefs de train figurant sur la liste d'admissibilité qui ont choisi de recevoir un dédommagement au lieu du redressement accordé dans la partie de l'ordonnance qui traite de l'admissibilité au poste de mécanicien de locomotive; les chefs de train qui n'ont pas réussi à obtenir le titre ou à être admis à la formation de mécanicien de locomotive en raison d'une invalidité médicale; les chefs de train qui se sont qualifiés comme mécaniciens de locomotive après le 1^{er} juillet 1998, mais qui avaient subi des pertes de rémunération et d'avantages parce qu'on leur avait reconnu une ancienneté moindre que celle à laquelle ils auraient eu droit en vertu de l'ordonnance du Conseil.

[138] De plus, le Conseil a ordonné à VIA de payer la rémunération et les dépenses des chefs de train pendant leur formation comme mécaniciens de locomotive. VIA assumera également les coûts de formation des chefs de train appelés à remplir les 75 postes de mécanicien de locomotive susceptibles de devenir vacants dans un avenir prévisible.

[139] Le Conseil n'a pas chiffré le dédommagement payable aux membres de chaque groupe, ni fixé une somme maximale pour la totalité du dédommagement. Il a donné à VIA jusqu'au 15 juillet 2003 pour répondre aux demandes individuelles de dédommagement. VIA avait identifié 249 chefs de train qui auraient droit au dédommagement visé dans l'ordonnance du Conseil, bien que certains puissent choisir des réparations particulières au lieu de dédommagement. Le dossier n'établit pas clairement la somme totale que VIA pouvait être tenue de verser en raison de l'ordonnance du Conseil, mais il s'agit nettement d'une somme importante. Aucune décision n'a encore été prise sur la répartition proportionnelle entre VIA et la FIL de la somme à l'égard de laquelle elles sont solidairement responsables.

[140] VIA had estimated that the workforce reductions announced in the NEPO would save it approximately \$15 million a year. However, it was always clear that this was not a net saving. When reconsidering the decision to grant VIA's application under section 18 of the Code to amend the bargaining certificate by merging the two units, the Board noted that VIA would have to pay for "significant and expensive training—in particular, training of many conductors to carry out the tasks of engineers . . . in order to ensure, in as much as this is possible, that members of both groups of affected employees will be afforded comparable employment opportunities": *VIA Rail Canada Inc.* (1997), 38 C.L.R.B.R. (2d) 124, at paragraph 16.

[141] In my view, the compensation award in *Decision 230* is not patently unreasonable. The analogy with civil litigation is misplaced. It is a necessary consequence of the Board's order in *Decision 35* that the contract between VIA and the BLE would have to be renegotiated, with the possibility that VIA's obligations would thereby be increased.

[142] When the contract was not renegotiated in compliance with *Decision 35*, I cannot regard the Board's imposition of liability on VIA as punitive. Nothing in *Decision 230* suggests that financial obligations were imposed on VIA as "punishment". The order required VIA to shoulder the costs to conductors of retraining them to be locomotive engineers, as well as the cost of the training itself, and to share with the BLE some of the adverse financial consequences sustained by conductors as a result of the CCAA and the parties' failure to implement *Decision 35*. In the absence of reliable evidence about the amount that VIA was potentially liable to pay, it cannot be said that the Board's order was punitive rather than compensatory.

[143] *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union et al.*, [1984] 1 S.C.R. 269, provides an example of an order that was set aside because it was punitive. Having found an employer in breach of the Code for interfering with its employees' representation by a union, the Board required the employer to write to

[140] VIA avait estimé que les réductions d'effectifs annoncées dans l'ENSV lui feraient économiser environ 15 millions de dollars par an. Toutefois, il a toujours été clair qu'il ne s'agissait pas d'une économie nette. En réexaminant la décision d'accueillir la demande de VIA en vertu de l'article 18 du Code de modifier le certificat de négociation en fusionnant les deux unités, le Conseil a fait observer que VIA devrait payer «une formation importante et coûteuse—particulièrement à de nombreux chefs de train pour que ceux-ci puissent exercer les tâches de mécanicien—afin que les membres des deux groupes d'employés touchés bénéficient, dans la mesure du possible, de perspectives d'emploi comparables»: *VIA Rail Canada Inc.* (1997), 38 C.L.R.B.R. (2d) 124, au paragraphe 16.

[141] À mon avis, la décision de dédommagement visée dans la *décision 230* n'est pas manifestement déraisonnable. L'analogie avec le procès civil ne tient pas. L'ordonnance du Conseil dans la *décision 35* comportait comme conséquence nécessaire la renégociation de l'entente entre VIA et la FIL, assortie d'une augmentation possible des obligations de VIA.

[142] Comme l'entente n'a pas été renégoziée conformément à la *décision 35*, je ne puis considérer que l'imposition d'une obligation à VIA par le Conseil ait un caractère punitif. Rien dans la *décision 230* ne suggère que des obligations financières ont été imposées à VIA à titre «punitif». L'ordonnance exigeait de VIA qu'elle assume les coûts pour les chefs de train de leur nouvelle formation comme mécaniciens de locomotive ainsi que les coûts de la formation elle-même, et partager avec la FIL certains des préjudices financiers subis par les chefs de train par suite de l'ECE et du défaut des parties de mettre en œuvre la *décision 35*. En l'absence d'éléments de preuve fiables sur la somme que VIA était potentiellement tenue de payer, on ne peut dire que l'ordonnance du Conseil était punitive plutôt que compensatoire.

[143] L'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce et autre*, [1984] 1 R.C.S. 269, fournit un exemple d'une ordonnance annulée en raison de son caractère punitif. Ayant conclu que l'employeur avait manqué au Code pour ingérence dans la représentation de ses employés

each of its employees a “humiliating” letter, which recipients might think had been written by the employer on its own initiative and represented its views. Writing for the majority, Beetz J. said (at page 296):

This type of penalty is totalitarian and as such alien to the tradition of free nations like Canada, even for the repression of the most serious crimes.

Decision 230 could not be so characterized.

[144] It is equally clear that there is a rational relationship between the compensation ordered by the Board, and the union’s breach of the duty of fair representation and its consequences. Conductors were being compensated for losses that they had suffered by virtue of the CCAA and the parties’ failure to implement the Board’s order in *Decision 35*.

ISSUE 5 Was the remedy patently unreasonable in providing for the “dovetailing” of the seniority lists, the portability of seniority, and the selection of the date from which seniority is established?

[145] The BLE argues that the Board exercised its remedial powers in a patently unreasonable manner when it resolved the dispute over the seniority provisions by imposing on the parties terms providing, in effect, that locomotive engineers’ seniority dates from the start of their initial employment as “trainmen”, not from the time that they qualified as locomotive engineers. Counsel submitted that this “dovetailing” of seniority lists was both contrary to tradition in the railway industry and was inappropriate for conductors and locomotive engineers, because the qualifications for these crafts are very different.

[146] In my view, the persuasive power of history is much diminished in the new labour relations context created at the instance of VIA: the abolition of two

par un syndicat, le Conseil a exigé de l’employeur qu’il écrive à chacun de ses employés une lettre «humiliante», dont les destinataires pouvaient croire que l’employeur l’avait écrite de sa propre initiative et qu’elle représentait ses vues. S’exprimant au nom de la majorité, le juge Beetz a écrit (à la page 296):

Ce type de sanctions est totalitaire et par conséquent étranger à la tradition de pays libres comme le Canada, même pour la répression des actes criminels les plus graves.

La *décision 230* n’a pas ce caractère.

[144] Il est clair également qu’il y a un lien rationnel entre le dédommagement ordonné par le Conseil et le manquement du syndicat à son devoir de représentation juste ainsi que ses conséquences. Les chefs de train étaient ainsi dédommagés des pertes qu’ils avaient subies en raison de l’ECE et du défaut des parties de mettre en œuvre l’ordonnance du Conseil dans la *décision 35*.

QUESTION N° 5 La réparation était-elle manifestement déraisonnable en prévoyant l’«intégration» des listes d’anciennetés, le transfert de l’ancienneté et le choix de la date à partir de laquelle l’ancienneté était calculée?

[145] La FIL soutient que le Conseil a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière manifestement déraisonnable en réglant le différend sur les dispositions régissant l’ancienneté en imposant aux parties des conditions qui, effectivement, prévoyaient que l’ancienneté des mécaniciens de locomotive commençait au début de leur emploi initial comme «agents de train», et non à partir du moment où ils obtenaient les qualifications de mécaniciens de locomotive. L’avocat a fait valoir que cette «intégration» des listes d’ancienneté était à la fois contraire à la tradition de l’industrie ferroviaire et inadaptée à l’égard des chefs de train et des mécaniciens de locomotive, parce que les qualifications de ces deux groupes professionnels sont très différentes.

[146] À mon avis, la force persuasive des antécédents est fortement réduite dans le nouveau contexte des relations du travail créé à l’initiative de VIA: l’abolition

separate crafts and the creation of one new craft. Working out the seniority consequences of the amalgamation of two crafts is a complex, technical and delicate exercise in the regulation of labour relations. While the Board's solution may not be perfect, it is not so manifestly devoid of reason, or so plainly contrary to the objects and principles of the Code, as to be patently unreasonable.

[147] The same is also true, in my view, of those provisions in the Board's order dealing with the portability of seniority rights.

F. CONCLUSION

[148] For these reasons, I would dismiss the applications for judicial review with costs.

ROTHSTEIN J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PELLETIER J.A. (dissenting):

[149] I have read the careful reasons of my colleague Evans J.A. and find that I must respectfully disagree with his conclusion as to whether the order under review is patently unreasonable.

[150] I do not disagree with my colleague's conclusion as to the standard of review to be applied, patent unreasonableness. I disagree with his application of that standard to these facts.

[151] In *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paragraph 57 (*Southam*), Iacobucci J. dealt with the application of the standard of patent unreasonableness to difficult questions:

The difference between "unreasonable" and "patently unreasonable" lies in the immediacy or obviousness of the

de deux groupes professionnels distincts et la création d'un seul nouveau groupe professionnel. Aménager les conséquences de la fusion de ces deux groupes sur le plan de l'ancienneté est un exercice complexe, technique et délicat de réglementation des relations du travail. La solution du Conseil n'est peut-être pas parfaite, mais elle n'est pas si manifestement dénuée de raison ni si nettement contraire aux objectifs du Code qu'elle en soit manifestement déraisonnable.

[147] La même conclusion s'applique également, à mon avis, aux dispositions de l'ordonnance du Conseil qui concernent le transfert des droits d'ancienneté.

F. CONCLUSION

[148] Pour ces motifs, je rejetterais les demandes de contrôle judiciaire avec dépens.

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

* * *

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

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. (dissent):

[149] J'ai lu les motifs pondérés de mon collègue le juge Evans et j'estime en toute déférence ne pas pouvoir souscrire à sa conclusion sur la question du caractère manifestement déraisonnable de l'ordonnance attaquée.

[150] Je ne suis pas en désaccord avec la conclusion de mon collègue sur la norme de contrôle applicable, soit la décision manifestement déraisonnable. Je suis en désaccord avec l'application de cette norme aux faits de l'espèce.

[151] Dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, au paragraphe 57 (*Southam*), le juge Iacobucci a traité de l'application de la norme de la décision manifestement déraisonnable à des questions difficiles:

La différence entre «déraisonnable» et «manifestement déraisonnable» réside dans le caractère flagrant ou évident du

defect. If the defect is apparent on the face of the tribunal's reasons, then the tribunal's decision is patently unreasonable. But if it takes some significant searching or testing to find the defect, then the decision is unreasonable but not patently unreasonable. . . . This is not to say, of course, that judges reviewing a decision on the standard of patent unreasonableness may not examine the record. If the decision under review is sufficiently difficult, then perhaps a great deal of reading and thinking will be required before the judge will be able to grasp the dimensions of the problem. But once the lines of the problem have come into focus, if the decision is patently unreasonable, then the unreasonableness will be evident. [Citations omitted.]

[152] This is a difficult question. It will be brought into focus through the lens of *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369 (*Royal Oak Mines*). That case provides guidance as to what constitutes a patently unreasonable decision in the context of decisions of the Canada Industrial Relations Board (the CIRB) or its predecessor, the Canada Labour Relations Board (the CLRB). It also provides an example of an intervention in collective bargaining which, by reason of its measure and balance, was found to be sheltered from judicial review.

[153] In *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, the Supreme Court of Canada held that a patently unreasonable decision is one which "cannot be rationally supported by the relevant legislation" (at page 273). One finds a specific application of that principle in *Royal Oak Mines*, when Cory J. identifies the types of errors which would render a decision of the CLRB patently unreasonable [at paragraph 68]:

There are four situations in which a remedial order will be considered patently unreasonable: (1) where the remedy is punitive in nature; (2) where the remedy granted infringes the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; (3) where there is no rational connection between the breach, its consequences, and the remedy; and (4) where the remedy contradicts the objects and purposes of the Code.

défaut. Si le défaut est manifeste au vu des motifs du tribunal, la décision de celui-ci est alors manifestement déraisonnable. Cependant, s'il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour déceler le défaut, la décision est alors déraisonnable mais non manifestement déraisonnable [. . .] Cela ne veut pas dire, évidemment, que les juges qui contrôlent une décision en regard de la norme du caractère manifestement déraisonnable ne peuvent pas examiner le dossier. Si la décision contrôlée par un juge est assez complexe, il est possible qu'il lui faille faire beaucoup de lecture et de réflexion avant d'être en mesure de saisir toutes les dimensions du problème. Mais une fois que les contours du problème sont devenus apparents, si la décision est manifestement déraisonnable, son caractère déraisonnable ressortira. [Citations omises.]

[152] Il s'agit ici d'une question difficile. Elle sera cadrée dans la perspective de l'arrêt *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369 (*Royal Oak Mines*). Cet arrêt fournit une orientation sur ce qui constitue une décision manifestement déraisonnable dans le contexte des décisions du Conseil canadien des relations industrielles (le CCRI) ou de son prédécesseur, le Conseil canadien des relations du travail (le CCRT). Il donne aussi un exemple d'une intervention dans une négociation collective qui, en raison de sa mesure et de son équilibre, a été jugée à l'abri du contrôle judiciaire.

[153] Dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, la Cour suprême du Canada a conclu qu'une décision manifestement déraisonnable en est une qui l'est au point de «ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente» (à la page 237). On trouve une application spécifique de ce principe dans l'arrêt *Royal Oak Mines*, quand le juge Cory identifie les types d'erreurs qui rendraient une décision du CCRT manifestement déraisonnable [au paragraphe 68]:

Il existe quatre cas dans lesquels une ordonnance réparatrice sera tenue pour manifestement déraisonnable: (1) lorsque la réparation est de nature punitive; (2) lorsque la réparation accordée porte atteinte à la *Charte canadienne des droits et libertés*; (3) lorsqu'il n'y a pas de lien rationnel entre la violation, ses conséquences et la réparation; et (4) lorsque la réparation va à l'encontre des objectifs du Code.

The decision under review is one which cannot be rationally supported by the relevant legislation because it is contrary to the objects and purposes of the Code.

[154] The circumstances which led the CLRB to make the order it did in *Royal Oak Mines*, are so tragic as to be well known. The employer and the union bargaining committee had agreed to a tentative collective agreement which was taken to the union membership for ratification. The membership rejected the proposed agreement. This led to a lockout by the employer and the hiring of replacement workers, with the predictable picket line violence which such a strategy inevitably entails.

[155] The specific issue which led to the finding of a breach of the duty to bargain in good faith was the employer's refusal to consider any proposal which included a mechanism for adjudicating the dismissal of some 40 employees who had been discharged for misconduct in the course of the work stoppage. By the time that the matter came before the CLRB, the union had twice agreed to mediated proposals for settlement. The employer rejected both proposals because of its objection to any possibility of reinstatement of the discharged workers. It was clear that the employer's intransigence on this issue effectively precluded any possibility of the parties coming to an agreement.

[156] Having concluded that the employer was in breach of its duty to bargain in good faith, the CLRB intervened in a very measured way. It ordered the employer to table an offer which included the terms of the original offer which had been rejected by the union membership, with four relatively minor exceptions. The CLRB's order required the employer to include in its offer a process for dealing with the discharged workers which was specifically crafted by the CLRB. The employer's offer was to be put to the union membership for ratification and, in the event that the offer was not accepted, the parties were directed to return to the bargaining table. The offer was accepted by the union membership and the work stoppage ended.

La décision qui fait l'objet du contrôle est une décision qui ne peut s'appuyer rationnellement sur la législation pertinente car elle va à l'encontre des objectifs du Code.

[154] Les circonstances qui ont mené le CCRT à rendre l'ordonnance visée dans l'arrêt *Royal Oak Mines*, sont bien connues en raison de leur nature tragique. L'employeur et le comité de négociation du syndicat avaient convenu d'un projet de convention collective qui a été présenté aux membres du syndicat en vue de sa ratification. Les membres du syndicat ont rejeté l'entente de principe. L'employeur a alors donné un avis de lock-out et engagé des travailleurs de remplacement, ce qui a été accompagné des incidents violents sur la ligne de piquetage qu'une telle stratégie comporte inévitablement.

[155] La question spécifique qui a mené à conclure à un manquement à l'obligation de négocier de bonne foi a été le refus de l'employeur de prendre en considération toute proposition qui inclurait un mécanisme de réexamen du renvoi d'une quarantaine d'employés congédiés pour inconduite au cours de l'arrêt de travail. Au moment où le CCRT a été saisi de l'affaire, le syndicat avait consenti à deux reprises à des propositions de règlement issues de la médiation. L'employeur a rejeté les deux propositions car il s'opposait à toute possibilité de réintégration des employés congédiés. Il était clair que l'intransigence de l'employeur sur la question empêchait effectivement toute possibilité d'entente entre les parties.

[156] Ayant conclu que l'employeur avait manqué à son obligation de négocier de bonne foi, le CCRT est intervenu avec beaucoup de mesure. Il a ordonné à l'employeur de présenter une offre qui comportait les conditions de l'offre originale qui avait été rejetée par les membres du syndicat, sous réserve de quatre exceptions relativement peu importantes. L'ordonnance du CCRT prescrivait à l'employeur d'inclure dans son offre un processus pour régler le cas des employés congédiés spécifiquement conçu par le CCRT. L'offre de l'employeur devait être présentée aux membres du syndicat en vue de la ratification et, dans le cas où elle n'était pas acceptée, les parties devaient retourner à la table de négociation. L'offre a été acceptée par les membres du syndicat et l'arrêt de travail a pris fin.

[157] Notwithstanding Major J.'s conclusion that the CLRB had imposed a collective agreement upon the parties, its intervention was limited to dictating to the party in breach of the duty to bargain in good faith the terms of an offer which it was to table for the union's consideration. Those terms were without effect, as between the parties, until they were accepted by the union membership. Only then did they become enforceable against the employer, not by virtue of having been the subject of an order of the CLRB, but as a result of becoming a part of the collective agreement. The union's recourse, in the event of a breach, was to invoke the grievance and arbitration provisions of the collective agreement, not to return to the CLRB for assistance in enforcing its order.

[158] Did the CLRB's order further the objects and purposes of the Code? It did. The parties had a collective agreement and the tools by which to resolve disputes in its application and interpretation. The parties were moved from their deadly economic warfare back into a relationship governed by a collective agreement. While the proposal with respect to the discharged workers was forced upon the employer, it was put to the union for ratification. As a result, the union was committed to the proposal, and willing and able to enforce it using the normal dispute resolution tools under the collective agreement. No further recourse to the CLRB was required. The bargaining relationship between the union and the employer was undoubtedly strained, but at least the parties were operating within the familiar confines of a relationship governed by a collective agreement.

[159] What is the situation in this case as a result of the CIRB's intervention? The CIRB's order has effectively removed the subject of the integration of the conductors into the ranks of the locomotive engineers from collective bargaining in the sense that the employer and the union cannot agree that they will depart from the terms of the order. While the parties could, in theory, approach the CIRB to amend its order, such a request would presumably be subject to the intervention of the conductors, which is antithetical to the status of the union as the exclusive bargaining agent for the

[157] À l'encontre de la conclusion du juge Major selon laquelle le CCRT a imposé une convention collective aux parties, l'intervention du CCRT se limitait à dicter à la partie qui avait commis un manquement à l'obligation de négocier de bonne foi les conditions d'une offre qui devait être présentée à l'examen du syndicat. Ces conditions ne prenaient effet pour les parties qu'à partir de leur acceptation par les membres du syndicat. Ce n'est qu'à partir de là qu'elles devenaient exécutoires pour l'employeur, non pas comme objet d'une ordonnance du CCRT, mais comme faisant partie de la convention collective. Le recours du syndicat, en cas de manquement, était d'invoquer les dispositions de plainte et d'arbitrage de la convention collective, et non de s'adresser de nouveau au CCRT pour obtenir de l'aide à la mise en œuvre de son ordonnance.

[158] L'ordonnance du CCRT a-t-elle servi les objectifs du Code? Elle l'a fait. Les parties avaient une convention collective et les outils de règlement des différends pour son application et son interprétation. Les parties sortaient d'une lutte économique mortelle et retrouvaient une relation régie par la convention collective. Si la proposition relative aux employés congédiés avait été imposée à l'employeur, elle était présentée au syndicat pour qu'il la ratifie. Par conséquent, le syndicat était engagé par la proposition, acceptait et était en mesure de la mettre en œuvre avec les outils normaux de règlement des différends prévus par la convention collective. Aucun recours ultérieur au CCRT n'était nécessaire. La relation de négociation entre le syndicat et l'employeur était incontestablement tendue, mais au moins les parties fonctionnaient dans le cadre familier d'une relation régie par la convention collective.

[159] En l'espèce, quelle situation l'intervention du CCRI a-t-elle créée? L'ordonnance du CCRI a effectivement exclu de la négociation la question de l'intégration des chefs de train dans les rangs des mécaniciens de locomotive dans la mesure où l'employeur et le syndicat ne peuvent convenir de déroger aux conditions de l'ordonnance. Les parties pourraient, en théorie, demander au CCRI de modifier son ordonnance, mais on peut penser que leur demande donnerait lieu à une intervention des chefs de train, ce qui va à l'encontre du statut du syndicat comme agent

bargaining unit and to free collective bargaining. To the extent that the objects and purposes of the Code favour the resolution of disputes by collective bargaining whose results are reflected in a collective agreement, those objects have not been satisfied.

[160] As for the issue of the representation of the conductors by their union, the alienation of the conductors from their union has been institutionalized. The appointment of a special representative for the conductors with a voice equal to the union's in negotiations with the employer freed the union from the obligation to integrate the conductors' position in its own since the conductors now had the status to advance their own position. It is not surprising that the employer complained that it had never received a common proposal from the union and the conductors. It is not obvious how future negotiations are to be conducted.

[161] The enforcement of the CIRB's order will now be a matter between the conductors and the CIRB since the order will not be enforceable through the grievance/arbitration procedure found in the collective agreement. Even if the order were to be incorporated in the collective agreement, it is unlikely that it could be enforced to the conductors' satisfaction since neither the employer nor the union has any interest in enforcing the order according to its terms. Any foot dragging by either party would inevitably lead to further applications to the CIRB by the conductors. In the result, the order has done nothing to integrate the conductors into their union.

[162] Finally, the parties are no closer to returning to a normal collective bargaining relationship than they were when the finding of a breach of duty of fair representation was made. The employer and the union have had subjects of significant interest to both of them removed from the ambit of collective bargaining. The union remains deeply divided, and the ability of the union to speak and act as the exclusive bargaining agent for all members of the bargaining unit has been impaired. The employer is in an unenviable position with respect

négociateur exclusif de l'unité de négociation et de la libre négociation collective. Dans la mesure où les objectifs du Code favorisent le règlement des différends par une négociation collective dont les résultats se reflètent dans la convention collective, ces objectifs n'ont pas été atteints.

[160] S'agissant de la question de la représentation des chefs de train par leur syndicat, la désaffection des chefs de train vis-à-vis de leur syndicat a été consacrée officiellement. La nomination d'un représentant spécial des chefs de train doté d'une voix égale à celle du syndicat dans les négociations avec l'employeur a dégagé le syndicat de son obligation d'intégrer la position des chefs de train dans la sienne, puisque les chefs de train étaient maintenant habilités à défendre leur propre position. Il n'est pas étonnant que l'employeur se soit plaint de ne jamais avoir reçu de proposition commune du syndicat et des chefs de train. La façon dont les négociations futures doivent être menées est loin d'être évidente.

[161] La mise en œuvre de l'ordonnance du CCRI sera désormais une affaire entre les chefs de train et le CCRI, car l'ordonnance ne pourra être rendue exécutoire par la procédure de plainte et d'arbitrage prévue à la convention collective. Même si l'ordonnance devait être incorporée dans la convention collective, il est peu vraisemblable qu'elle pourrait être appliquée à la satisfaction des chefs de train du fait que ni l'employeur ni le syndicat n'ont aucun intérêt à mettre en œuvre l'ordonnance conformément aux conditions qu'elle comporte. Toute lenteur de l'une ou l'autre des parties entraînerait inévitablement de nouvelles demandes des chefs de train au CCRI. En somme, l'ordonnance n'a rien fait pour intégrer les chefs de train à leur syndicat.

[162] En fin de compte, les parties ne sont pas plus près d'un retour à une relation de négociation collective normale qu'elles ne l'étaient au moment où le manquement au devoir de représentation juste a été établi. On a retiré de la sphère de la négociation collective des sujets d'intérêt importants pour l'employeur et le syndicat. Le syndicat reste profondément divisé et la faculté du syndicat de parler et d'agir comme agent négociateur exclusif de tous les membres de l'unité de négociation a subi une atteinte. L'employeur se trouve

to any issue involving the conductors.

[163] This comparison highlights the deficiencies of the order under review. Far from advancing collective bargaining, it has removed certain subjects from bargaining altogether. Rather than integrating the conductors into their union, it has institutionalized their adversity in interest. The employer and the union cannot know how they are to conduct themselves in the future in any matter involving the conductors. Clearly, the parties have not been assisted to return to a normal collective bargaining relationship. To the extent that the objects and purposes of the Code include the advancement of collective bargaining and the constructive resolution of disputes within a collective bargaining context, the order under review contradicts those objects and purposes.

[164] One need look no further than the Preamble to the Code for an articulation of its objects and purposes:

Whereas there is a long tradition in Canada of labour legislation and policy designed for the promotion of the common well-being through the encouragement of free collective bargaining and the constructive settlement of disputes;

And Whereas Canadian workers, trade unions and employers recognize and support freedom of association and free collective bargaining as the bases of effective industrial relations for the determination of good working conditions and sound labour-management relations;

And Whereas the Government of Canada has ratified Convention No. 87 of the International Labour Organization concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize and has assumed international reporting responsibilities in this regard;

And Whereas the Parliament of Canada desires to continue and extend its support to labour and management in their cooperative efforts to develop good relations and constructive collective bargaining practices, and deems the development of good industrial relations to be in the best interests of Canada in ensuring a just share of the fruits of progress to all;

dans une position non souhaitable à l'égard de toutes les questions qui concernent les chefs de train.

[163] La comparaison fait ressortir les lacunes de l'ordonnance faisant l'objet du présent contrôle. Loin de faire progresser la négociation collective, l'ordonnance a complètement retiré certains éléments de la négociation. Plutôt que d'intégrer les chefs de train à leur syndicat, elle a officiellement consacré l'opposition de leurs intérêts. L'employeur et le syndicat ne peuvent savoir quel doit être leur comportement dans l'avenir sur toute question concernant les chefs de train. À l'évidence, les parties n'ont pas été aidées à reprendre une relation de négociation collective normale. Dans la mesure où les objectifs du Code comprennent la promotion de la négociation collective et du règlement positif des différends dans un contexte de négociation collective, l'ordonnance faisant l'objet du contrôle judiciaire va à l'encontre de ces objectifs.

[164] Dès le préambule, le Code présente la structure de ses objectifs:

Attendu:

qu'il est depuis longtemps dans la tradition canadienne que la législation et la politique du travail soient conçues de façon à favoriser le bien-être de tous par l'encouragement de la pratique des libres négociations collectives et du règlement positif des différends;

que les travailleurs, syndicats et employeurs du Canada reconnaissent et soutiennent que la liberté syndicale et la pratique des libres négociations collectives sont les fondements de relations de travail fructueuses permettant d'établir de bonnes conditions de travail et de saines relations entre travailleurs et employeurs;

que le gouvernement du Canada a ratifié la Convention n° 87 de l'Organisation internationale du travail concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical et qu'il s'est engagé à cet égard à présenter des rapports à cette organisation;

que le Parlement du Canada désire continuer et accentuer son appui aux efforts conjugués des travailleurs et du patronat pour établir de bonnes relations et des méthodes de règlement positif des différends, et qu'il estime que l'établissement de bonnes relations du travail sert l'intérêt véritable du Canada en assurant à tous une juste part des fruits du progrès;

[165] It is clear that the advancement of collective bargaining and the constructive resolution of disputes are the foundations upon which the balance of the Code rests.

[166] When one holds the decision under review up to the light provided by the Preamble to the Code, and the measured response of the CLRB in *Royal Oak Mines*, its defects are obvious. To use Iacobucci J.'s phrase, it is a decision "so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand" (*Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, at paragraph 52). It ought to be set aside.

[167] Having shown that the CIRB's decision is patently unreasonable, it is not necessary for me to show as well that there existed reasonable alternatives to that decision. Specifically, the validity of my conclusion as to the patent unreasonableness of the CIRB's order does not depend upon proof that it would have been reasonable to allow the process underway before Arbitrator Picher to run its course. Even if one assumes that the CIRB was required to intervene at the time it did, it does not follow that the CIRB was required to intervene in the way it did. To that extent, the merits of the CIRB's decision to terminate Arbitrator Picher's mandate do not impinge upon my conclusion.

[168] On the other hand, if it were shown that the process underway before Arbitrator Picher had the potential to bring the dispute between the conductors and their union to a conclusion which was consistent with the objects and purposes of the Code, then the patent unreasonableness of the CIRB's order would be that much more obvious. In other words, the patent unreasonableness of the decision would come into focus even more sharply. It is in that light that I broach the subject of Arbitrator Picher's mandate.

[169] It will be recalled that Arbitrator Picher was selected by the parties with a mandate to attempt to mediate an agreement and, if unsuccessful, to proceed to interest arbitration and to render an award resolving the matters in issue.

[165] Il est clair que la promotion de la négociation collective et du règlement positif des différends sont les fondements sur lesquels repose le reste du Code.

[166] Lorsqu'on examine la décision attaquée à la lumière du préambule du Code et de la réponse mesurée du CCRT dans l'arrêt *Royal Oak Mines*, ses défauts sont manifestes. Pour reprendre la formulation du juge Iacobucci, cette décision est «à ce point viciée qu'aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir» (*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, au paragraphe 52). Elle devrait être annulée.

[167] Ayant établi que la décision du CCRI est manifestement déraisonnable, il n'est donc pas nécessaire d'établir également qu'il y avait d'autres options raisonnables que cette décision. Précisément, la validité de ma conclusion relative au caractère manifestement déraisonnable de l'ordonnance du CCRI ne repose pas sur la preuve qu'il aurait été raisonnable de laisser libre cours à la procédure engagée avec l'arbitre Picher. Même si l'on suppose que le CCRI était tenu d'intervenir au moment où il l'a fait, il ne s'ensuit pas que le CCRI était tenu de le faire de cette manière. Dans cette mesure, le bien-fondé de la décision du CCRI de mettre fin au mandat de l'arbitre Picher n'affecte pas ma conclusion.

[168] Par ailleurs, s'il était établi que la procédure en cours auprès de l'arbitre Picher pouvait peut-être déboucher sur une conclusion au différend entre les chefs de train et leur syndicat qui soit en conformité avec les objectifs du Code, le caractère manifestement déraisonnable de l'ordonnance du CCRI en serait d'autant renforcé. En d'autres termes, le caractère manifestement déraisonnable de la décision serait mis en lumière plus nettement encore. C'est donc sous cet angle que j'aborde la question du mandat de l'arbitre Picher.

[169] On se rappellera que l'arbitre Picher a été choisi par les parties pour remplir le mandat de chercher par la médiation à parvenir à une entente et, en cas d'échec, de procéder à l'arbitrage des différends et de rendre une décision réglant les questions en litige.

[170] Had Mr. Picher been able to mediate a settlement, then the incorporation of that settlement into the collective agreement would have satisfied all of the objectives of the Code. The parties would have had a viable collective agreement, enforceable in the ordinary way by the union on behalf of all its members, including the conductors. Even if mediation had failed and the matter had proceeded to interest arbitration, the results of that arbitration would also have been incorporated into the collective agreement, notwithstanding the CIRB's determination to incorporate the award into an order. Once again the parties would have had a viable collective agreement, and their collective bargaining could return to a normal state. The process before Mr. Picher had the potential to resolve the matters in dispute in a way which would have remedied the original breach and left the parties in a position to resume a normal collective bargaining relationship.

[171] The element which distinguishes the process before Mr. Picher from that upon which the CIRB subsequently embarked was that the former led to the conclusion of a collective agreement and the resumption of a normal bargaining relationship. It must be kept in mind that the CIRB's original order was that the parties should renegotiate portions of their collective agreement. When they were unable to do so on their own, the Board ordered a facilitated bargaining process, initially with the assistance of its executive officer and, if that failed, before Mr. Picher. Both mediation and interest arbitration are techniques for concluding a collective agreement. The fact that those processes are undertaken by virtue of a CIRB order does not change the nature of the exercise.

[172] This brings me to the decision to terminate Mr. Picher's mandate. When the CIRB terminated Mr. Picher's mandate, it was not simply substituting its own coercive order for any order which Mr. Picher might make in his capacity as an interest arbitrator. It was terminating the negotiations, at the request of the conductors, for the purpose of imposing its view of an appropriate result. That decision was unreasonable for two reasons.

[170] Si M. Picher était parvenu à un règlement par la médiation, l'incorporation de ce règlement à la convention collective aurait satisfait à tous les objectifs du Code. Les parties auraient eu une convention collective viable, mise en œuvre de la manière usuelle par le syndicat au nom de tous ses membres, y compris les chefs de train. Même si la médiation avait échoué et que la question était passée à la procédure d'arbitrage des différends, les résultats de cet arbitrage auraient également été incorporés à la convention collective, malgré la décision du CCRI d'incorporer sa décision dans une ordonnance. Encore ici, les parties auraient eu une convention collective viable et la négociation collective aurait pu reprendre son cours normal. La procédure confiée à M. Picher avait le potentiel de régler les questions en litige d'une manière qui aurait remédié au manquement initial et replacé les parties dans la position où elles pouvaient renouer une relation de négociation collective normale.

[171] L'élément qui distingue la procédure confiée à M. Picher de celle qu'a par la suite adoptée le CCRI est que la première conduisait à la conclusion d'une convention collective et à la reprise d'une relation de négociation normale. Il faut se rappeler que l'ordonnance originale du CCRI prévoyait que les parties devaient renégocier des parties de leur convention collective. Quand elles ont été incapables de le faire par elles-mêmes, le Conseil a ordonné une procédure de négociation facilitée, initialement avec le concours de son directeur exécutif et, en cas d'échec, avec celui de M. Picher. La médiation et l'arbitrage des différends sont deux techniques pour conclure une convention collective. Le fait que ces techniques soient appliquées par l'effet d'une ordonnance du CCRI ne change pas la nature de la procédure.

[172] Ces considérations m'amènent à la décision de mettre fin au mandat de M. Picher. Lorsque le CCRI a mis fin au mandat de M. Picher, il ne substituait pas simplement sa propre ordonnance coercitive à toute ordonnance qu'aurait pu rendre M. Picher en sa qualité d'arbitre de différends. Il mettait un terme aux négociations, à la demande des chefs de train, afin d'imposer sa notion d'un résultat approprié. Cette décision était déraisonnable pour deux motifs.

[173] The first is that Arbitrator Picher's failure to meet the CIRB'S deadlines was of no consequence because the deadlines were simply arbitrary. While everyone agrees that a timely resolution was desirable, all were well aware of the complexity of the issues. While the CIRB may have been justified in imposing deadlines as a means of maintaining a sense of urgency, it ought to have been clear to all that the problems which the mediator/arbitrator was called upon to resolve did not lend themselves to rigid deadlines. Any hesitation on this point is resolved when one considers that the CIRB itself, in taking the matter back, was not able to render a decision until one year after the date of the extension requested by Mr. Picher. The CIRB was unable to live within the deadlines it imposed on Mr. Picher, which simply makes the point that the deadlines were arbitrary.

[174] The second reason is that the CIRB appears to have simply overlooked the fact that Mr. Picher's mandate included not only mediation but also interest arbitration. The parties and the CIRB had agreed to put the dispute in the hands of an experienced labour relations professional with particular expertise in railway labour relations. While the CIRB may have believed that the prospects of a mediated solution were remote, Mr. Picher's optimism was entitled to some deference by the CIRB due to his expertise and his experience with the parties. But quite apart from that, if the CIRB thought that mediation had run its course, at a minimum it should have directed Mr. Picher to proceed to the arbitration phase of his mandate, rather than simply terminating his mandate.

[175] The CIRB's decision to intervene in the way it did is not made patently unreasonable by the mere fact that the process underway before Arbitrator Picher was a viable alternative to the order under review. The CIRB could have chosen to intervene when it did without intervening in a way which was contrary to the objects and purposes of the Code. But the presence of an alternative makes it clear just how unreasonable the CIRB's intervention was. It was in a very real sense, patently unreasonable.

[173] Le premier est que le défaut de l'arbitre Picher de respecter les délais prescrits par le CCRI était sans conséquence car ces délais étaient simplement arbitraires. Si tous conviennent qu'un règlement rapide était souhaitable, tous étaient parfaitement conscients de la complexité des questions. Si le CCRI avait peut-être raison de fixer des délais comme moyen de maintenir un sentiment d'urgence, il aurait dû être clair aux yeux de tous que les problèmes qu'on avait chargé le médiateur/arbitre de régler ne se prêtaient pas à des délais rigides. Tout doute sur ce point disparaît quand on considère que le CCRI lui-même, en se ressaisissant de l'affaire, n'a pu rendre sa décision qu'un an après la date de prolongation demandée par M. Picher. Le CCRI a été incapable de se plier aux délais qu'il avait imposés à M. Picher, ce qui prouve simplement le caractère arbitraire de ces délais.

[174] Le second motif est que le CCRI semble avoir simplement oublié le fait que le mandat de M. Picher comportait non seulement la médiation, mais également l'arbitrage des différends. Les parties et le CCRI avaient convenu de confier le différend à un spécialiste expérimenté des relations du travail, qui avait une expertise particulière des relations du travail dans le secteur ferroviaire. Le CCRI a pu croire que les perspectives d'un règlement par la voie de la médiation étaient faibles, mais l'optimisme de M. Picher méritait une certaine déférence de la part du CCRI étant donné son expertise et l'expérience qu'il avait développée avec les parties. Mais sans égard à ce qui précède, si le CCRI estimait que la médiation était rendue à son terme, il aurait au minimum dû demander à M. Picher d'engager l'étape d'arbitrage de son mandat, plutôt que de mettre simplement fin au mandat.

[175] La décision du CCRI d'intervenir de la façon dont il l'a fait ne devient pas manifestement déraisonnable par le simple fait que la procédure engagée avec l'arbitre Picher était une option valable à l'ordonnance faisant l'objet du contrôle. Le CCRI aurait pu décider d'intervenir au moment où il l'a fait sans intervenir d'une manière contraire aux objectifs du Code. Mais la présence d'une option établit à l'évidence le caractère nettement déraisonnable de l'intervention du CCRI. Cette intervention était au sens propre manifestement déraisonnable.

[176] The CIRB's order is so flawed that it cannot be allowed to stand. It has removed the whole issue of the integration of the conductors into the ranks of the locomotive engineers from collective bargaining. The order and the process leading to it have institutionalized the conductors' alienation from their union. The union's status as exclusive bargaining agent for the bargaining unit is impaired. The parties have lost the ability to resolve their difficulties with respect to the subject matter of the order by invoking the grievance and arbitration provisions of the collective agreement. The CIRB has locked itself into a continuing supervisory role over all aspects of the implementation of its order, largely at the behest of the conductors. It is hard to conceive a result which could be more at odds with the objects and purposes of the Code.

[177] For these reasons, I would allow the application for judicial review and set aside the decision of the CIRB.

[176] L'ordonnance du CCRI est à ce point viciée qu'elle ne peut être maintenue. Elle a retiré toute la question de l'intégration des chefs de train dans les rangs des mécaniciens de locomotive du champ de la négociation collective. L'ordonnance et la procédure dont elle est issue ont consacré officiellement la désaffectation des chefs de train de leur syndicat. Le statut du syndicat comme agent négociateur exclusif de l'unité de négociation est affecté. Les parties ont perdu la capacité de régler leurs différends touchant les objets visés par l'ordonnance en invoquant les dispositions relatives aux plaintes et à l'arbitrage prévues dans la convention collective. Le CCRI s'est enfermé dans un rôle de surveillance continue de tous les aspects de la mise en œuvre de son ordonnance, en grande partie à la demande des chefs de train. On peut difficilement concevoir un résultat qui aille davantage à l'encontre des objectifs du Code.

[177] Pour ces motifs, j'accueillerais la demande de contrôle judiciaire et j'annulerais la décision du CCRI.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and 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 of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fca/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ADMINISTRATIVE LAW

JUDICIAL REVIEW

Judicial review of adjudicator's decision that additions should be made to job descriptions to cover physical effort, health and safety, as well as occasional or close collaboration with laboratory employees—Application dismissed for three reasons—First, mere failure to mention certain evidence in decision does not constitute breach of rules of natural justice or procedural fairness—No legal obligation to set out every point of evidence in decision—Second, once there is evidence supporting conclusions of fact drawn by adjudicator, Court does not have to rule on assessment of evidence, despite fact it might perhaps have come to different conclusion—Here adjudicator's conclusions reasonably supported by evidence—Third, reservations which Court may have regarding certain secondary aspects of adjudicator's reasoning do not in this case justify quashing of decision—Application dismissed.

JARVIS V. CANADA (TREASURY BOARD) (T-1659-01, 2004 FC 300, Martineau J., order dated 27/2/04, 7 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Judicial review of decision by Citizenship and Immigration Canada (respondent) that applicant owes \$114,715.68 to respondent for removal costs of Mohamed Moussa Mouhoumed (Moussa)—Applicant submits removal costs incurred by respondent's unilateral decision to charter private plane from Montréal to Djibouti unreasonable and excessive and, consequently, not required to reimburse—Applicant attempted, on two occasions, to transport Moussa on board commercial flight, but failed—Moussa's behaviour excessive and pilot ordered him off plane on both occasions—Respondent attempted, twice before, to remove Moussa on regular commercial flights and attempts unsuccessful—Applicant indicated that, if Moussa repeated violent behaviour, would make necessary arrangements to reserve part of Air Djibouti plane for passenger and escorts—No assurance of Air Djibouti's consent to place part of aircraft at applicant's disposal on commercial flight—Respondent therefore

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

proposed that applicant reserve small chartered plane for journey from Dubai to Djibouti—Proposal unanswered—As applicant had not acted promptly, and after having notified applicant several times, respondent availed itself of option provided in former Immigration Act, s. 87(2), and made own arrangements for Moussa—This decision reasonable—Evidence in record shows that earlier attempts to deport Moussa failed—After giving applicant possibility over three-month period to fulfil obligation, reasonable for respondent to conclude that applicant not prompt—Principles of natural justice not breached because applicant notified several times of obligation as transporter—Evidence reveals respondent gave applicant many opportunities to make arrangement that applicant would find adequate, considering special needs required for Moussa's transportation by plane—In conclusion, given Moussa's violent behaviour upon many removal attempts, fact that commercial flight suggested by applicant between Dubai and Djibouti did not satisfy respondent's safety concerns, and considering applicant's silence regarding respondent's last proposal and three-month period that passed, decision satisfies reasonableness standard because supported by tenable explanation—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 87(2).

KLM ROYAL DUTCH AIRLINES V. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (IMM-5992-02, 2004 FC 308, Tremblay-Lamer J., order dated 2/3/04, 14 pp.)

Removal of Permanent Residents

Judicial review of Immigration Appeal Division's (IAD) decision dismissing motion to reopen appeal against deportation because Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 64(1) bars appeal—Applicant 41-year-old citizen of Jamaica and permanent resident of Canada—Ordered deported due to criminal convictions in Canada—On February 18, 2000, Minister of Citizenship and Immigration rendered opinion applicant constitutes "danger to the public" of Canada pursuant to former Immigration Act (former Act), s. 70(5)—Appeal of deportation dismissed because s. 70(5) precludes appeal by person against whom "danger opinion" issued—

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

After IRPA came into force, applicant moved to reopen appeal because s. 64(2) allegedly changed threshold for “serious criminality”—IAD held Immigration and Refugee Protection Regulations (Regulations), s. 326(2) provides “danger opinions” under former Act constitute “serious criminality” for purposes of s. 64(1)—Whether “danger opinion” issued against applicant under former Act precludes appeal to IAD, through operation of IRPA, s. 64(1) and Regulations, s. 326(2)—Under Regulations, s. 326(2), person subject of “danger opinion” under former Act person in respect of whom IRPA, s. 64(1) applies—S. 64(1) prohibits appeal to IAD if person found inadmissible on grounds of “serious criminality”—Applicant submits ambiguous because s. 64(2) providing, for purpose of s. 64(1), criminality must be with respect to crime punished in Canada by term of imprisonment of at least two years—Since applicant subject to imprisonment for terms of less than two years, applicant argues s. 64(1) not applicable to him—Court disagreed—Regulations, s. 326(2) intended to mean “danger opinion” under former Act still precludes appeals under IRPA—If s. 326(2) not enacted for transition, then “danger opinions” under former Act rendered meaningless—Accordingly, Governor in Council intended objective standard of criminality under former Act, which was “danger to the public”, would still have effect of precluding appeal to IAD after IRPA came into force—S. 326(2) kept “danger opinion” alive—Regulatory Impact Analysis Statement supporting interpretation—No accident or oversight by Governor in Council in referring only to s. 64(1), and not s. 64(2)—Transitional provisions provide IAD not to look behind “danger opinion” by applying s. 64(2) to circumstances—Application dismissed—Question certified: If person convicted of crime that was punished in Canada by term of imprisonment of less than two years, and found to be “danger to the public” under s. 70(5) of former Immigration Act so that person had no right of appeal to IAD under former Immigration Act, does s. 326(2) of Immigration and Refugee Protection Regulations, which refers to s. 64(1) of IRPA but not s. 64(2) of IRPA, bar appeal to IAD?—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 64—Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 326—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 70(5) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13), 71 (as am. *idem*, s. 14).

TOWNSEND V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-655-03, 2004 FC 293, Kelen J., order dated 27/2/04, 14 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board’s (Board) decision determining applicant not Convention refugee and not person in need of protection within meaning of Immigration and

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

Refugee Protection Act, ss. 96 and 97—Failure to produce anything other than photo of tractor allegedly extorted from applicant by Liberation Tigers of Tamil Eelam affecting credibility—Board anticipated counsel for applicant would submit post-hearing corroborative evidence, written submissions and perhaps supplementary country conditions documentation—Within one week following hearing, applicant provided to Board supplementary submissions, evidence relating to country conditions and to ownership of tractor—Documentation returned to applicant because submitted without following requirement for submission of post-hearing documents pursuant to Refugee Protection Division Rules (Rules), r. 37(1)—Five days later, applicant resubmitted documents under cover of letter requesting acceptance as application in accordance with r. 37—Board’s reasons for decision make no specific reference to applicant’s post-hearing documentation—Board’s conclusion applicant lacking in credibility open to it—Application dismissed on this basis alone—As to allegation Board erred in assessment of change of country conditions, Board’s finding one of fact, not central to decision and open to it—As to whether Board erred in failing to rule on application to submit post-hearing evidence and in failing to consider such evidence, incumbent on Board to provide reasons for decision to accept or reject post-hearing evidence, particularly where post-hearing evidence might have been determinative—Board appearing to have neither reached decision on application nor to have taken post-hearing evidence into account if it decided to accept evidence, resulting in breach of fairness—Notwithstanding breach of fairness, Court not obliged to set aside decision under review where to refer matter back would inevitably result in no change in decision, as was case herein—Application dismissed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 96, 97—Refugee Protection Division Rules, SOR/2002-228, r. 37(1).

MAHENDRAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-604-03, 2004 FC 255, Gibson J., order dated 20/2/04, 14 pp.)

STATUS IN CANADA*Convention Refugees*

Judicial review of Immigration and Refugee Board’s (Board) decision applicants not Convention refugees—Principal applicant (A.C.), citizen of Bangladesh fearing persecution in Bangladesh—Found guilty *in absentia* by Bangladeshi court in 1998 for role as co-conspirator in 1975 coup resulting in death of then-president, members of his family, entourage—Principal applicant’s wife’s claim based to some extent on husband’s claim—Board concluded applicant excluded by United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(a), (b)—Also concluded principal applicant feared prosecution and not persecution within

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

meaning of Convention refugee definition—Board found wife not subject to exclusions under Refugee Convention, Art. 1F(a), (b) and that she had no claim to refugee status in her own right—As to submission Board ignored evidence, decision brief but adequate to show evidence addressed and appropriate weighing of competing evidence took place to reach conclusion of serious reasons for considering commission of serious non-political crime—Testimony of witnesses, and documentary sources upon which they relied, crucial evidence contradicting Board's conclusion A.C. involved in 1975 coup—Reading decision as whole not giving rise to inference Board's failure to mention evidence contrary to conclusions in detail meaning Board overlooked important evidence or made erroneous finding of fact—Contrary evidence introduced by applicants not sufficient to convince Board, after taking into account Bangladeshi decisions and Amnesty International information, no serious reasons for considering serious non-political crime committed—Board did not err in concluding there were serious reasons for considering A.C. committed serious non-political crime—Board found A.C.'s participation in 1975 coup constituted "non-political crime"—Application of test found in *Gil v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 508 (C.A.), requiring evaluation of "proportionality" of acts in question and whether rational connection between damage inflicted and change in political regime—Brutal and systematic killing of president's family cannot be regarded as proportional to objective of removing hated political figure—Excessive killings as occurred in this case cannot be justified as means for achieving regime change—Fact that day after coup civilian government installed, recognized by Canadian Government, not making excessive killings politically justifiable—Whether Board asked itself wrong question when focussed on fairness of trial before concluding A.C. did not have well-founded fear of persecution—Board did not err in inclusion finding because evidence referred to by applicants concerning police brutality and torture not establishing nexus between A.C.'s alleged fear and Convention ground—Board did not err by ignoring evidence—Once political party (purported agents of persecution) voted out of office, no longer any objective basis for applicants' fears of persecution unless applicants adduce evidence to contrary—Application dismissed—United Nations Refugee Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(a), (b).

A.C. v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4678-02, 2003 FC 1500, Russell J., order dated 19/12/03, 26 pp.)

CIVIL CODE

Appeal by Newcourt Financial Ltd. (appellant) from judgment by Martineau J. ((2002), 228 F.T.R. 132

CIVIL CODE—Continued

(F.C.T.D.)), dismissing appeal it had filed against earlier decision by Morneau P., which dismissed its objection to seizure in execution made by Crown—Facts underlying case originate with failure of Entreprises Forestières P.S. Inc. (tax debtor) to forward to National Revenue Department deductions made from salaries paid to its employees for period from February 1 to October 31, 1999—Payments had to be made under Income Tax Act (ITA) and Employment Insurance Act (EIA)—In order to recover these amounts, as well as related penalties and interest, respondent registered certificate with Trial Division pursuant to ITA, s. 223(3), setting out amount of respondent's tax debt—Such certificate has effect of judgment—Based on that judgment, Crown on March 17, 2000, by writ of seizure in execution issued ten days earlier, seized from tax debtor 1997 Timberjack grapple skidder (skidder)—In support of objection, appellant relied on Code of Civil Procedure, art. 597 (C.C.P.)—Argued had become owner of skidder as result of debtor's voluntary relinquishment of property and taking of latter in payment—Maintained it objected to seizure by Crown as owner, rather than hypothecary creditor; C.C.P., art. 604 therefore inapplicable; and Martineau J. erred in law in arriving at contrary conclusion—Argued taking in payment of seized property was enforceable against Crown despite deemed trust and Prothonotary wrongly ruled Crown's right had precedence over its own—Assuming deemed trust was enforceable against it, appellant maintained ITA, ss. 227(4), (4.1) and EIA, ss. 86(2), (2.1) unconstitutional since legislating in exclusively provincial area of jurisdiction, namely that of property and civil rights—Martineau J. properly concluded appellant's objection inadmissible—ITA, s. 227(4.1) did not have effect it was given by Prothonotary—Provision gives Her Majesty absolute priority over "proceeds thereof" subject to deemed trust and to this end provides Her Majesty has ongoing interest in property so long as it is subject to trust—Apart from right conferred on Her Majesty to follow property and receive proceeds thereof in priority, owner continues to have control of his property—Beneficial right relied on by Crown did not allow Prothonotary to dismiss appellant's objection—On judgment of Martineau J., appellant argued it had become owner of skidder on April 16, 2000, that is 20 days after prior notice registered, with effect retroactive to March 27, 2000, date of registration—Accordingly, on March 17, 2000, day of seizure made by respondent, appellant still not owner of property—Based on these facts, and after referring to C.C.P., art. 604 Martineau J. concluded appellant could not rely on C.C.P., art. 597 in claiming property—Inevitable effect of C.C.P., art. 604 to prevent any creditor, including hypothecary creditor, from objecting to seizure—Allowing hypothecary creditor to take in payment property already subject to seizure would deprive provision of all practical effect—Appellant did not establish Martineau J. wrong to conclude it could not object to seizure of skidder—Finally, Trial Judge felt need to

CIVIL CODE—Concluded

question appellant's good faith—Appellant insisted acted in good faith—Appellant could not say it was owner of property in affidavit of April 13, 2000, since not owner at time affidavit signed—Representation not made any more valid by fact appellant subsequently became owner of property seized with effect retroactive to March 27, 2000—At time of oath, statement false and that state of facts remained unchanged—Appeal dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 223(3) (as am. by 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 129) 227(4) (as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 226), (4.1) (as enacted *idem*)—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 86 (as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 266)—Quebec Code of Civil Procedure, R.S.Q. 1977, c. C-25, ss. 597, 604.

ENTREPRISES FORESTIÈRES P.S. INC. V. NEWCOURT FINANCIAL LTD. (A-529-02, 2004 FCA 91, Noël J.A., judgment dated 5/3/04, 21 pp.)

CONSTRUCTION OF STATUTES

Income tax conventions—Taxpayer resident of Ireland—Sold shares in Canadian private corporation—Obtained clearance certificate under Act, s. 116 upon payment of 15% of taxable capital gains—Assessed on basis Canadian tax on 15% of entire, as opposed to taxable, capital gains—Tax Court held broad interpretation without reference to Act appropriate since Canada-Ireland Income Tax Agreement Act (Treaty), Art. VI provides for 15% tax rate on “income” without any modification or suggestion income limited to taxable income—Appeal from Tax Court's decision ([2003] 2 C.T.C. 2140) determining meaning of word “income” used in Treaty, Art. VI(1) without reference to Income Tax Act (Act)—“Income” in Treaty, Art. VI(1) means taxable capital gain and not capital gain—Vienna Convention on the Law of Treaties (Vienna Convention), Art. 31(1) providing correct approach to interpreting treaty: treaty shall be interpreted in good faith in accordance with ordinary meaning of terms in context and in light of object, purpose—Treaty, Art. II(3) provides undefined terms in Treaty have meaning given to them under domestic legislation unless context otherwise requires—Income Tax Conventions Interpretation Act (ITCIA), s. 3, mandates meaning given to term found in treaty meaning given to term from time to time under Act, unless context otherwise requires—By ignoring ITCIA, s. 3 and Treaty, Art. II(3), Tax Court Judge erred in law—Taken together, these two provisions lead to conclusion word “income” in Treaty must reflect meaning derived under relevant provisions of Act as at 1997—“Taxable capital gain” from disposition of particular property determined by reference to Act, s. 38(a) as it read in 1997—For person not resident of Canada, computation of income determined by combined operation of Act, ss. 2(3) and 115(1)(b)(iii)—Only taxable portion of capital gain from disposition of property comprises part of non-resident's

CONSTRUCTION OF STATUTES—Concluded

“taxable income earned in Canada”—Fundamental purpose of Act, s. 9(3), to ensure capital gain/loss not treated for income tax purposes in same way as income/loss from business or property—Considerable stretch to say it also intended to ensure exempt portion of capital gain to be treated as income for some purposes—Appeal allowed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 2(3), 9(3), 38(a) (as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 22), 115(1)(b)(iii) (as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 132; 2001, c. 17, s. 90)—Canada-Ireland Income Tax Agreement Act, Arts. II (3), VI(1)—Vienna Convention on the Law of Treaties, [1980] Can. T.S. No. 37, Art. 31(1)—Income Tax Conventions Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-4, s. 3.

BEAMEV. CANADA (A-59-03, 2004 FCA 51, Malonc J.A., judgment dated 4/2/04, 12 pp.)

EMPLOYMENT INSURANCE

Judicial review of decision by Tax Court of Canada deputy judge (judge) that employment of Patrick Duhaime and Georges Laganière insurable employment within meaning of Employment Insurance Act, s. 5(1)(a)—What parties stipulate as to nature of their contractual relations not necessarily conclusive, and Court may arrive at different conclusion based on evidence before it—If no unambiguous evidence to contrary, Court should duly take parties' stated intention into account—Where real contract exists, Court must determine whether there is between parties relationship of subordination characteristic of contract of employment, or whether there is instead degree of independence which indicates contract for services—Contracts concluded between applicant and various pharmacies, and those signed between applicant and two delivery persons in question, clearly indicated parties intended to be governed by relationship of contractor/subcontractor type—No one at any time suggested various pharmacies who had their medication delivered to their customers by applicant were latter's employers, that contract of employment existed between these parties and hence insurable employment—In terms of control, fact delivery persons subject to obligatory hours of availability, each worked in defined territory and they could not alter work schedule without applicant's authorization not conclusive in determining nature of overall relationship between parties and not sufficient to change nature of what they stated in contract—Delivery persons' obligation to file delivery reports and fact applicant checked with pharmacists to ensure goods indeed collected and delivered as agreed and to their satisfaction only evidence of control by applicant of result, result for which responsible to customers—Billing still necessary in contract for services—Creation of procedure and system for billing does not as such indicate existence of relationship of subordination—Natural applicant would be responsible for negotiating delivery prices

EMPLOYMENT INSURANCE—Continued

with pharmacies and for handling complaints, since it was applicant which contracted with pharmacies and was responsible for service to its customers—As to replacing delivery person, it appeared from subcontract duty of locating replacement and paying him belonged to delivery person himself—This clause of subcontract and evidence on this point sign of independence rather than of relationship of subordination—On ownership of work tools, evidence was three work tools required for performance of work—Most important and most costly work tool was still automobile—This tool property of delivery persons—Test of ownership of work tools supported intention stated by parties that they were subject to contract for services—As to chance of profit and risk of loss, fact delivery persons could undertake subcontracting themselves also sign of contract for services—Contracts and testimony established delivery persons responsible for expenses associated with use of their automobiles—Incurred all risks of loss and fluctuation in their income, especially in event of accident—Finally, delivery persons personally responsible for loss of medication and money they received from customers of pharmacies, as well as communication equipment supplied by applicant—They were exposed to risk of loss—On degree of integration, this must be assessed from standpoint of workers, not business—Question to be asked is: who owns business?—Judge did indeed ask this question, but never answered it and did not undertake any analysis of point—Messrs. Duhaime and Laganière each operate business of product transportation or delivery—Delivery persons free to accept or refuse offers of services made by applicant—Not bound by exclusive service clause—Evidence that one of delivery persons also delivered pizzas—Delivery persons had no offices or premises at applicant's location—Did not have to go to applicant's location to do delivery work—Had right to refuse or accept offers of services—These factors supported contract for services—Application allowed in cases A-663-02 and A-664-02—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 5(1)(a).

LIVREUR PLUS INC. v. M.N.R. (A-663-02, 2004 FCA 68, Létourneau J.A., judgment dated 13/2/04, 25 pp.)

Judicial review of decision by Umpire that applicant not unemployed during period at issue and knowingly made false statements—*Canada (Attorney General) v. Jouan* (1995), 179 N.R. 127 (F.C.A.) crucial turning point, establishing factor of “time spent” as “most important” factor—Claimant not unemployed if, all the while receiving payments, merely says available to work and does not undertake serious, real steps to find work—“Time” factor and “intention and willingness” factor of utmost importance—Claimant not having time to work or not actively seeking work should not benefit from Employment Insurance system—In this case, Board of Referees made palpable and overriding errors in

EMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

concluding that devoting some 40 hours per week to business for nine months and not seeking any employment during period not sufficient to disentitle claimant—As for penalties and notice of violation, Board of Referees rescinded penalties and notice of violation on grounds that claimant made false statements based on explanation given to him by Commission employee—Umpire set aside this decision—Umpire seems to believe once statement false, statement made knowingly—Significant error, Umpire ought to have determined whether Board of Referees erred by relying on explanation obtained from official when determined false statement not made knowingly—In short, Umpire did not justify intervention—On basis that claimant not eligible, but penalties and notice of violation unfounded, application for judicial review allowed in part—Employment Insurance Regulations, SOR/96-332, s. 30(2).

CHARBONNEAU v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-699-02, 2004 FCA 61, Décary J.A., judgment dated 10/2/04, 7 pp.)

Employment Insurance Commission (Commission) considered respondent's financial situation and ability to pay when reduced by 10 percent penalty normally imposed—Judicial review of decision by Umpire that Board of Referees had no authority to substitute opinion for that of Commission—No new fact brought before Umpire warranting Umpire's intervention—Umpire correct to make such finding since no evidence Commission exercised discretion in perverse manner or in way contrary to law—Umpire had no authority to substitute own opinion for Commission's—Umpire erred in attacking Commission's practice—Not appropriate to use principles applicable for assessment of quantum of fines in penal matters—Application allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. HUDON (A-34-03, 2004 FCA 22, Létourneau J.A., judgment dated 20/1/04, 3 pp.)

EVIDENCE

Application for order pursuant to Canada Evidence Act, s. 38.04(2)(c) authorizing two serving members of Canadian Forces to testify at applicant's criminal trial—Attorney General of Canada seeking directions pursuant to s. 38.04(5)—Pursuant to order of Lutfy A.C.J. (as he then was), two prospective witnesses examined based on list of questions submitted by applicant—Attorney General objecting to disclosure of part of transcripts of examinations because of potential injury to national defence, national security or international relations—Applicant, Canadian citizen, in middle of criminal trial resulting from hostage-taking incident in Bosnia in 1995 while member of Serb Forces—Arguing evidence of two witnesses necessary to fair trial as will assist

EVIDENCE—Continued

jury to put events leading up to hostage taking and hostage taking itself in context—As parties agreed that Blanchard J. should examine expurgated portions of transcripts, unnecessary to deal with two-step procedure followed by Thurlow C.J. in *Goguen v. Gibson*, [1983] 1 F.C. 872 (T.D.); affd [1983] 2 F.C. 463 (C.A.)—But Blanchard J. agreeing with Hugessen J.'s statement in *Ribic v. Canada*, 2002 FCT 290; [2002] F.C.J. No. 384 (QL) that *Goguen* not establishing rule of law to be followed in every case—Designated judge having broad discretion in deciding whether to look at material withheld prior to entering upon balancing process mandated by statute—During *ex parte* hearing, detailed review of expurgated portions of transcripts undertaken to determine whether disclosure would be injurious to international relations or national defence or national security—Much of expurgated information relating to characteristics, capabilities, performance, potential deployment, functions, roles of defence establishments of military forces, units or personnel in Bosnian theatre in 1995—Sensitivity of information, much of which still very pertinent to current circumstances, requiring disclosure be prohibited—As significant portion of expurgated transcripts pertaining to intelligence information obtained by DND in confidence and on understanding information would not be disclosed publicly, disclosure would be injurious to international relations, national defence or national security because would undermine trust amongst allies, thus making allies reluctant to share information with Canada, breach NATO agreement—S. 38.06(2) mandating Court to consider whether public interest in disclosure outweighing public interest in non-disclosure—In context of case involving serious criminal charges, issue of whether information will probably establish fact crucial to defence important consideration—Nature of interest sought to be protected; admissibility, usefulness of information; probative value to issue at trial; whether applicant establishing no other reasonable ways of obtaining information; whether disclosures sought amounting to fishing expedition by applicant; seriousness of charges or issues, other factors also possibly requiring consideration, but not exhaustive list—Information falling into three categories: not relevant to issue at trial, relevant but need not be disclosed, relevant and required to be disclosed—In four instances, Court ordering summaries of excerpts of transcripts to be inserted in expurgated transcripts and released to applicant in lieu of transcripts—S. 38.06(2) permitting Court to authorize disclosure of information in form and under condition most likely to limit any injury—As no demarcation line easily separating what is authorized to be disclosed from what is not, only form of disclosure that will most likely limit any injury to national defence, national security or international relations to order two witnesses not to testify with respect to information reviewed and to permit introduction into evidence of expurgated version of transcripts in criminal trial to be received by trial judge as if two

EVIDENCE—Continued

witnesses had testified before him under oath—Such order will have no effect on normal evidentiary rules of admissibility, nor will Blanchard J.'s appreciation of relevancy of information be binding on trial judge—Obligation of witnesses not to disclose the defence information will remain in force until conclusion of applicant's trial and expiry of all applicable appeal periods—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38.04 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43), 38.06 (as enacted *idem*).

RIBIC V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (DES-3-02, 2003 FCT 10, Blanchard J., order dated 9/1/03, 20 pp.)

Application to determine whether information contained on videocassette prohibited from production in evidence at criminal trial before Ontario Superior Court of Justice, pursuant to Canada Evidence Act, s. 38—Respondent, Canadian citizen, charged with serious criminal offences resulting from hostage-taking incident while member of Serb Forces in Bosnia in 1995—Wishes to produce in evidence videocassette depicting aerial bombings said to have taken place at time of, and near where hostage taking occurred—Says video essential to defence as will show jury nature, extent of NATO air superiority over Serbs, which might be probative to issue of whether hostages ever in harm's way—Attorney General submitting information potentially injurious to conduct of international affairs as sourced from one of Canada's allies—Also submitting, as party to reciprocal agreement with ally providing for "originator control" over release of classified information, Canada has international obligation to protect information to fullest extent possible as ally has yet to agree to disclosure—Judge exercising discretion, reviewing information on videocassette—In circumstances, respondent satisfying test of showing that information on videocassette likely to be relevant to issue—Disclosure by Canada of information would be injurious to Canada's international relations—S. 38.02 requiring Court to consider whether public interest in disclosure of information contained on videocassette outweighing public interest in non-disclosure—Factors considered in weighing competing interests: whether information will establish fact crucial to defence; nature of interest sought to be protected; admissibility and usefulness of information; probative value to issue at trial; whether applicant established no other reasonable ways of obtaining information; whether disclosure sought amounting to fishing expedition by applicant; seriousness of charges or issues—Prohibition confirmed against disclosing call names or nicknames which could be used to identify pilots; operational code words that could be used to identify NATO military operation or communication; latitude and longitude coordinates; "heads up display" showing laser codes, weapons range, radar equipment—Remaining information contained in videocassette authorized

EVIDENCE—Concluded

for disclosure—Applicant to prepare expurgated copy of original videocassette—Respondent's affiant prohibited from testifying at trial for purpose of authenticating videocassette, although expurgated version of affidavit evidence authorized—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38 (as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141(4)), 38.02 (as enacted *idem*, s. 43), 38.06 (as enacted *idem*).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. RIBIC (DES-5-02, 2003 FCT 43, Blanchard J., order dated 17/1/03, 15 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION

Applicant created in 1993 to oversee implementation of Agreement between the Inuit of the Nunavut Settlement Area and Her Majesty the Queen in right of Canada—Agreement created Nunavut Wildlife Management Board (NWMB)—Applicant arguing members of NWMB underpaid, contrary to requirement in Agreement that they be provided "fair and reasonable" remuneration—Submitting refusal of Privy Council Office (PCO) to reclassify NWMB, which would have resulted in increase in members' daily fees, amounts to violation of Agreement—Amount of remuneration members receive product of five kinds of instruments: statute, implementing agreement, contract, orders in council and set of guidelines—Nunavut Land Claims Agreement Act (Act), s. 12, says Governor in Council sets remuneration of members of NWMB—PCO guidelines for federal boards not specifically mentioning NWMB until 2000 when revised—NWMB listed as category IV agency—Chairperson subsequently asked PCO to review board's classification under guidelines—Upon review PCO concluded NWMB properly classified—Applicant arguing PCO's refusal to reclassify NWMB amounts to decision subject to judicial review—Federal Court has jurisdiction to review decision, order, act or proceeding of federal board, commission or other tribunal acting under powers provided by Act of Parliament: Federal Courts Act, s. 18.1(3)(b)—Role extends beyond formal decisions, including review of diverse range of administrative action not amounting to decision or order, such as subordinate legislation, reports or recommendations made pursuant to statutory powers, policy statements, guidelines and operating manuals, or any of myriad forms administrative action may take in delivery by statutory agency of public programme—Administrative action sought to be reviewed must flow from statutory power—No need for decision-maker to exercise any particular statutory authority, but must have at least statutory powers affecting rights and interests of others—Assuming PCO's refusal to reclassify NWMB affected rights and interests of board's members, its conduct not connected to any statutory authority—Only body with any statutory power in relation to remuneration of NWMB members Governor in Council acting under Act, s. 12—PCO developed general guidelines on remuneration, considered

FEDERAL COURT JURISDICTION—Concluded

issue of NWMB's classification and, ultimately, concluded classification correct—Decision not to propose to Governor in Council change in remuneration of NWMB members not subject to judicial review because not made pursuant to any statutory authority—In case wrong, Court considering merits of application—Applicants submitting three grounds justifying Court's intervention—First, connection between conduct complained of (failure to reclassify NWMB) and alleged violation of Constitution (breach of Aboriginal rights) tenuous—No evidence Agreement actually violated—No violation of Constitution—Second, applicant arguing PCO violated rules of natural justice by considering irrelevant factors and suggesting NWMB had legitimate expectation decision whether to reclassify board would be based solely on guidelines—Doctrine of legitimate expectations not applying—PCO gave NWMB opportunity to make representations on subject of member's fees—As for alleged breach of agreement to consult, planning assumption in implementing contract not creating binding obligation—Minutes of Nunavut Implementation Panel meeting ambiguous—No clear expression of promise to consult in either document—PCO already provided full opportunity to NWMB to make submissions on this issue and it failed to do so—Thirdly, applicant alleges two serious errors of fact by PCO—Even if PCO had made mistake about which category NWMB had fallen within originally, entitled to find members' remuneration should now fall within Category IV, i.e. any mistake by PCO did not necessarily affect remuneration of NWMB members—Finally, applicant arguing PCO erred in failing to treat NWMB comparably to similar boards that received elevations to Category II—Under PCO's guidelines, classification of boards and agencies product of three criteria—PCO applied criteria, consulted with officials at Department of Indian and Northern Affairs and concluded NWMB should be placed in Category IV—No serious error in PCO's approach—Application dismissed—Nunavut Land Claims Agreement Act, S.C. 1993, c. 29, s. 12—Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(3)(b) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

NUNAVUT TUNNGAVIK INC. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-791-02, 2004 FC 85, O'Reilly J., judgment dated 26/1/04, 17 pp.)

INCOME TAX**PENALTIES**

Three applications for judicial review heard together—Reasons disposing of all three cases—Judicial review of Tax Court of Canada decision that cancelled penalties imposed on respondents under Income Tax Act (Act), s. 163(2) on ground that action taken stemmed from thoughtlessness, unawareness

INCOME TAX—Continued

or error of judgment, not from wrongful intent—Judge failed to consider concept of gross negligence that may result from wrongdoer's willful blindness—Even wrongful intent may be established through proof of willful blindness—In this case, there are misrepresentations and payment of rebates—Before cashing refund cheques, respondents were either made aware of misrepresentations or had strong suspicions as to existence of misrepresentations or legitimacy of refunds themselves—By cashing refunds and paying rebates, respondents acquiesced and participated in scheme established to defraud Canada Customs and Revenue Agency—Their free and voluntary participation was essential link in realization of that scheme and they benefited economically from it—Impossible not to conclude that this was willful blindness and consequently gross negligence—Applications allowed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 163(2) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VII, s. 17).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. VILLENEUVE (A-26-03, A-27-03, A-29-03, 2004 FCA 20, Létourneau J.A., judgment dated 20/1/04, 4 pp.)

PRACTICE

Appeal against decision of Tax Court of Canada whereby assumed inherent jurisdiction to set aside, on basis of erroneous advice, dismissal of appeal pursuant to filing of notice of discontinuance—Since that decision rendered, this Court ruled, in *Canada (Attorney General) v. Scarola*, [2003] 4 F.C. 645, that no such inherent jurisdiction exists in view of Tax Court of Canada Act, s. 16.2(2)—Whether ruling in *Scarola*, applies to facts of this case, involving secondary liability assessment pursuant to Income Tax Act (Act), s. 160, and if *Scarola* does apply, whether respondent can invoke remedial powers given to Tax Court Judge under Tax Court of Canada Rules (General Procedure) (Rules), s. 172—Tax Court Judge assumed he possessed inherent jurisdiction to reinstate appeal abandoned by error—Distinguished case involving direct assessment of taxpayer: *Bogie v. Canada* (1998), 98 DTC 6679 (F.C.A.)—*Per* Létourneau J.A. (Evans J.A. concurring): no valid reasons to distinguish *Bogie*—Findings in *Scarola* reviewed—*Scarola* dealing with identical issue as that raised by present appeal, thus applying to this case—Whether remedial powers of s. 172 provided Tax Court Judge with statutory authority to set aside judgment of dismissal—Under s. 172(2)(a), judgment of dismissal can be set aside if obtained by fraud or on basis of facts that arose or were discovered after judgment rendered—Respondent alleged her own mistake with respect to her husband's tax liability as fact which led to dismissal of appeal—Obviously not fact arising after judgment—Not fact that could not have been discovered sooner with reasonable or due diligence—Question not, as Tax Court judge put it, whether taxpayer acted with due diligence in ascertaining state of affairs regarding husband's

INCOME TAX—Concluded

tax liability, but whether, with due diligence, could have ascertained state of own affairs with respect to tax liability—Pleadings completed and matter scheduled for hearing when respondent instructed her counsel to file notice of discontinuance—Respondent negligent in not verifying other party's position—Appeal allowed—*Per* Décaré J.A. (concurring)—Whether Tax Court Judge acting on basis of inherent jurisdiction or on basis of statutory jurisdiction is of little consequence if, in exercising discretion, he applied principles applicable to motions made under s. 172—Tax Court Judge not erring in distinguishing *Bogie*—Discretion should be exercised more liberally in favour of taxpayer when issue assessment for secondary liability under Act, s. 160—Where "secondary" taxpayer discontinues appeal with respect to own liability on basis of information received from "primary" taxpayer, eventual discovery such information erroneous may, in some circumstances, be sufficient to permit re-opening of file under s. 172(2)—As long as primary liability remains at issue and is alive in Court system, finality of decisions and efficiency of administration of justice (two fundamental concerns identified in *Scarola*) much less at risk—But Tax Court Judge erred in stating concept of spousal trust negating need for exercise of due diligence—Exercise of due diligence main factor coming into play when party alleges facts arising or discovered after judgment rendered—Cannot be disregarded on basis of relationship between taxpayers—Due diligence requiring more than relying on spouse's statements or mere belief matter settled—Tax Court of Canada Act, R.S.C., 1985, c. T-2, s. 16.2(2) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 5)—Tax Court of Canada Rules (General Procedure), SOR/90-688, s. 172 (as am. by SOR/96-503, s. 4)—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 160.

CANADA V. RUTLEDGE (A-796-00, 2004 FCA 88, Létourneau and Décaré J.J.A., judgment dated 4/3/04, 12 pp.)

PATENTS**INFRINGEMENT**

Principal appeal from Trial Division (as it was then constituted) order ((2003), 229 F.T.R. 104 (F.C.T.D.)) finding reissued patent valid, not infringed—Other appeal from judgment awarding respondent 50% of its costs—Parties agreed award of costs should be varied if Court finds respondent infringed patent—Patent in respect of "Method and Apparatus for Manufacturing Decorative Mouldings"—Although patent reissued, slight change made therein not material to present appeals—Claims 1 through 8 of patent relating to methods of manufacturing elongate decorative mouldings, while claims 9 through 18 describing devices to be used for manufacturing such mouldings—Validity of patent not under appeal—Whether Trial Judge erred in construing

PATENTS—Continued

claims of patent and if so, whether she erred in finding patent not infringed—Decisions in *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067 and *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, rejected so-called “two-step” approach to patent construction whereby courts first considered whether on literal construction allegedly infringing device embodied patented invention and, if not, whether device embodied “pith and marrow” or “substance” of invention—Single-step or purposive approach preferred—As Binnie J. explained in *Whirlpool*, “key to purposive construction is therefore the identification by the court, with the assistance of the skilled reader, of the particular words or phrases in the claims that describe what the inventor considered to be the ‘essential’ elements of his invention”—In *Free World Trust*, Binnie J. enumerated several propositions with respect to construction of patent claims, including that claims language will, on a purposive construction, show some elements of claimed invention essential while others non-essential—Also set out manner of allocation—Onus on patentee to show, to skilled reader, claimed feature of invention obviously substitutable—Task of Trial Judge to determine, on purposive construction of patent, which elements of claimed invention crucial or “essential” and which ones not—Clear Trial Judge appreciated task to purposively construe patent through eyes of skilled reader as of date of publication—Open to Trial Judge to adopt construction of claims different from construction put forward by parties—In summary, patent teaches essential element of invention “continuous” or uninterrupted table across width of foam core from input portion through to and including exit of core from coating containment chamber—Nothing in context of claims or in expert evidence indicates patentee aware of or intended to claim variants of that element—Essential nature of element supported by purposes of table as specified under patent—Appellants not showing Trial Judge incorrectly construed claims 1, 9—As to infringement, Trial Judge did not err in finding issue of infringement could be determined solely on basis respondent’s device had top surface interrupted by trough and dams or wipers—By incorporating trough and dams or wipers into its device, respondent omitted essential element of both claims 1 and 9, i.e. “continuous” table top—Consequently, Trial Judge found no infringement of those claims or of any of dependent claims, and rightly dismissed action—Appeals dismissed.

CANAMOULD EXTRUSIONS LTD. v. DRIANGLE INC.
(A-162-03, A-278-03, 2004 FCA 63, Stone J.A.,
judgment dated 12/2/04, 24 pp.)

PRACTICE

Since 1987, Bayer AG (Bayer) held Canadian patent for antibacterial medicine ciprofloxacin hydrochloride when made by processes claimed in patent or by obvious chemical

PATENTS—Continued

equivalents—Ciprofloxacin hydrochloride sold in Canada under notice of compliance (NOC) granted by Minister under Food and Drug Regulations, s. C.08.004—Apotex filing several notices of allegation (NOA) claiming invalidity or non-infringement of patent—As preliminary matter, Bayer seeking order declaring Apotex’s NOA invalid for non-compliance with Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5 on basis Apotex failed to file submission for NOC with respect to its process for ciprofloxacin prior to serving non-infringement NOA on Bayer—(1) Apotex complying with timing requirements in s. 5(3)(c)(i)—S. 5(3)(c)(i) requiring submission for NOC be filed with Minister before, or at same time as, non-infringement NOA served—Apotex originally filed abbreviated new drug submission (ANDS) for ciprofloxacin in 1993 and therefore this submission before Minister when NOA at issue served—On April 25, 2002 Apotex filed information with Minister with respect to “notifiable change” containing Apotex’s process, which process subject of non-infringement NOA herein—To determine whether Apotex complied with timing requirements in s. 5(3)(c)(i) necessary to determine legal force, effect of “notifiable change” and then to determine whether modification of ANDS by way of notifiable change is “submission for a NOC” within s. 5—Bayer relying on Management of Drug Submissions Policy, Therapeutic Products Directorate (policy) to argue if notifiable change deficient upon filing, does not constitute submission for NOC until all appropriate documents filed, accepted for review by Minister—“Submission for a notice of compliance” not defined in Regulations, but definition of “notice of compliance” referring to Food and Drug Regulations, s. C.08.004—“Notifiable change” appearing neither in Food and Drug Regulations nor in NOC Regulations—Only mentioned in policy—Therefore merely notice-giving document required for administrative purposes—Has no force, effect in law—Further support for Apotex’s argument that definition of “submission for a NOC” within meaning of NOC Regulations, s. 5 not including notifiable change found in line of cases concluding expression “submission for a NOC” as used in ss. 4, 5 meaning only new drug submissions, ANDS and supplements to new drug submission or to ANDS—Notifiable change not “submission for a NOC” within meaning of s. 5 and cannot trigger s. 5(3)(c)(i)—Apotex’s 1993 ANDS is “submission for a NOC” contemplated by NOC Regulations, s. 5, and fulfils requirement “submission for a NOC” be on file with Minister before, or at same time as, service of non-infringement NOA—(2) Applicants arguing Apotex failed to comply with NOC Regulations, s. 5(3)(c)(i) because NOA not “relating to” submission for NOC—Under s. 5(3)(c)(i), where second person (Apotex) filing submission for NOC, and alleging non-infringement, required to serve on first person (Bayer) NOA “relating to” submission for NOC filed with Minister—As Apotex’s ANDS not containing current process

PATENTS—Concluded

which is subject of NOA herein, Bayer submitting ANDS not “related to” its NOA as ANDS not containing entire basis for non-infringement allegation—Gibson J. rejecting such argument in *AB Hassle v. RhoxalPharma Inc.* (2002), 21 C.P.R. (4th) 298 (F.C.T.D.)—Following reasoning of Gibson J., Apotex complied with NOC Regulations, s. 5—Thus Court has jurisdiction to render decision on merits—(3) As to non-infringement question, first objective in deciding whether patent infringed to construe claims of patent to determine what exactly lies within scope of monopoly granted by patent—Second objective to consider whether impugned process falling within scope of claims—Court must distinguish essential from non-essential elements—While substitution or omission of essential element of patent invention will defeat allegation of infringement, substitution or omission of non-essential element of patent invention will not necessarily foreclose patentee’s claim—Claims of patent to be read from perspective of person skilled in art to whom patent addressed—Here, person skilled in art someone with advanced knowledge in field of organic chemistry—Evidence on construction of patent reviewed—Apotex’s construction of patent accepted as correct—However, in recognition of express wording of Patent Act, s. 39(1), as well as wording in patent itself, Court also added words “or an obvious chemical equivalent” to each of five essentials expressed—While Apotex’s process comprises six steps, focus of inquiry on step 2 which Bayer submitted infringes claims 8(1) and 14(10) by being obvious chemical equivalent of Bayer’s process—Review of both parties’ argument, evidence—Difference between chemicals used in Apotex’s and Bayer’s processes significant—Reasons for such finding detailed—Evidence establishing chemical reaction used in step 2 of Apotex process not obvious chemical equivalent of that used in Bayer process, i.e. claims 8(1) and 14(10) of patent—Bayer not demonstrating Apotex’s allegation of non-infringement not justified—Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, s. C.08.004 (as am. by SOR/95-411, s. 6)—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 4 (as am. by SOR/98-166, s. 3), 5(3)(c)(i) (as am. *idem*, s. 4)—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 39(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 14).

BAYER AG v. APOTEX INC. (T-877-02, 2004 FC 177, Campbell J., order dated 2/2/04, 45 pp.)

PENITENTIARIES

Simplified action in tort by plaintiff against defendant following two incidents on May 29, 1998 and May 12, 1999, respectively, while plaintiff inmate at maximum security Donnacona Institution—With respect to incident on May 12, 1999, Court viewed videotape of officers’ entry into plaintiff’s cell as well as words and actions of both parties—Plaintiff maintained did not understand why officers came to plaintiff’s

PENITENTIARIES—Continued

cell to withdraw plaintiff’s radio privilege—Plaintiff acknowledged being annoying with radio and being warned to turn down volume—Plaintiff claims correctional officers jumped and overpowered plaintiff using excessive force and unjustifiably spraying pepper spray while plaintiff not resisting—Institution head noted officers not helmeted or armed in unusual or extraordinary fashion—With respect to can of pepper spray, institution head indicated normal practice for officers to have such cans on them at all times—With respect to viewing video, officers went to plaintiff’s cell justifiably—Officer addressed plaintiff respectfully, using unassertive tone, attitude and language, encouraging cooperation—Once officers in cell, asked plaintiff to move to back of cell—Rather than stand back, plaintiff took steps toward officers stating they would not seize radio—From that moment, plaintiff began to put himself in difficult position because of lack of cooperation—Then officers acted reasonably in circumstances and defendant via servants not negligent towards plaintiff in relation to any aspect of incident of May 12, 1999—With respect to incident of May 29, 1998, when plaintiff left cell to go to class, Officer Lafontaine advised plaintiff could not go around wearing slippers and would have to return to cell to change shoes—Plaintiff refused to comply and continued on way—Another officer then told plaintiff to turn back in direction of cell, which plaintiff did—Approaching cell, plaintiff passed Officer Lafontaine and plaintiff made move that two parties see under very different light—Plaintiff claims threw down papers in hand as simple gesture of frustration and exasperation, since thought had missed training class all on account of some slippers—Officer, however, perceived gesture as attempt by plaintiff to hit her—Then, Institution head decided to place plaintiff in administrative segregation for 14 days—Respondent must justify this confinement in administrative segregation—Confinement in administrative segregation cannot be effected in arbitrary manner and, to this end, governed by Corrections and Conditional Release Act, ss. 31-37—Act, s. 31(2) provides inmate in administrative segregation must be returned to general inmate population at earliest appropriate time—Essentially because plaintiff maintained his version of events that kept in administrative segregation—Plaintiff’s position does not in any way justify keeping plaintiff in administrative segregation—Defendant did not discharge burden of persuading Court that administrative segregation warranted—Plaintiff arbitrarily imprisoned and therefore entitled to compensatory and exemplary damages—As for compensatory damages, because of problems mentioned by plaintiff in affidavit resulting from segregation period, reasonable to increase this amount to \$3,000—*Brandon v. Canada (Correctional Service)* (1996), 131 D.L.R. (4th) 761 (F.C.T.D.) basis for determining amount of exemplary damages to award—Must assess whether omission (not checking with officers involved in incident to see whether

PENITENTIARIES—Concluded

plaintiff acted in presence of other inmates) by unit manager constitutes fault giving rise to liability—Evidence does not show unit manager acted toward plaintiff with malice or with improper purpose in proceedings surrounding laying of charge under Act, s. 40(m)—In case at bar, cannot find fault in facts surrounding laying of charge—Plaintiff's action allowed in part, defendant ordered to pay plaintiff amount of \$3,000 in compensatory damages and amount of \$2,000 in exemplary damages—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 31, 32, 33 (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 12), 34, 35, 36, 37, 40(m).

GRENIER V. CANADA (T-954-01, 2004 FC 132, Morneau P., judgment dated 28/1/04, 32 pp.)

POSTAL SERVICES

Litigation arose out of 1997 postal strike by defendant—Parliament adopted back-to-work legislation shortly after strike started—Under Postal Services Continuation Act, 1997 (Act), Crown suing to recover costs said to have been incurred in arbitration and mediation which back-to-work legislation ordered—Act compulsorily imposed mediation and arbitration upon both parties—Act, s. 15 providing costs of mediation-arbitration divided equally between parties—Crown sought and successfully obtained payment from Canada Post Corporation, but defendant Union resists payment on two grounds—First, defendant saying no proof arbitrator obtained approval of Minister to engage services of lawyers as technical experts as required by Act, s. 8(4)—Argument without force—Appointed mediator-arbitrator certified in writing obtained Minister's approval before engaging experts—Suggestion impolitic or dangerous for defendant to impugn arbitrator's decision to retain services of these experts groundless considering two applications made to Federal Court during currency of mediation and arbitration impugning certain of arbitrator's actions—Second ground based on alleged non-compliance with Financial Administration Act (FAA), s. 34—S. 34 not applicable here—Arbitrator, Superior Court Judge, not part of Public Service of Canada; his expenses not related to Public Service—Defendant has not put in any serious evidence establishing breach of FAA—No fiduciary duty owed by Crown to defendant—Fiduciary duties only arising where person has discretion to exercise—Crown had no discretion to exercise in payment of bills properly approved, certified—Payment by defendant to Crown of claimed amount ordered—Postal Services Continuation Act, 1997, S.C. 1997, c. 34, ss. 8, 15—Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 34 (as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 13; 2003, c. 22, s. 224(z.37)).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. CANADIAN UNION OF POSTAL WORKERS (T-626-01, 2004 FC 153, Hugessen J., order dated 30/1/04, 9 pp.)

PRACTICE**AFFIDAVITS**

Apotex Inc. (Apotex) appeals from Prothonotary's order—Order resulted from motion brought by applicants to strike out all or part of 10 of 14 affidavits filed by Apotex in this proceeding—Apotex submitted Prothonotary erred in law by failing to follow clear case law with respect to striking affidavits on interlocutory basis and to interpreting Canada Evidence Act, s. 7 as meaning party to proceeding limited to five expert witnesses in total, as opposed to five expert witnesses per issue—Prothonotary erred in law by ignoring and failing to follow *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.* (1997), 73 C.P.R. (3d) 371 (F.C.T.D.)—No good reason why Prothonotary should not have followed and applied *Eli Lilly*—Appeal allowed—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 7.

MERCK & CO., INC. V. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-568-03, 2003 FC 1511, Heneghan J., order dated 22/12/03, 6 pp.)

CASE MANAGEMENT*Status Review*

Plaintiff promoter of boxing matches in Montréal available on pay-per-view basis—Alleging various establishments illegally showed boxing matches without paying required fee—Suing those refusing to pay for allegedly infringing its copyright—Plaintiff focussing attention on first of four actions, acting diligently in bringing it to trial—However after filing replies to statements of defence in three other actions, did nothing until receiving notices of status review—Plaintiff responded to notices, as did some defendants—As regards defendants who made representations, Prothonotary dismissed actions as against them for delay—Plaintiff appeals those orders—Some of remaining defendants brought applications seeking leave to file late replies to notices of status review, hoping actions will also be dismissed against them—Difficulty herein that plaintiff did not level with defendants, did not propose stay of proceedings and never sought directions from Court—Test for exercise of discretion granted by Federal Court Rules, 1998, r. 382 at conclusion of status of review set out in *Baroud v. Canada* (1998), 160 F.T.R. 91 (F.C.T.D.), applied—Here, delays counted in months and reasons for delay acceptable, but only just—Defendants claiming prejudice in that delays may make it difficult to keep track of witnesses—In *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All. E.R. 543, English Court of Appeal noted discretion to dismiss for want of prosecution should not be exercised without giving plaintiff opportunity to remedy default, unless court satisfied either that default has been intentional and contumelious, or that inexcusable delay for which plaintiff or his lawyers have been responsible has been such as to give rise to substantial risk fair trial of issues in

PRACTICE—Continued

litigation will not be possible at earliest date at which, as result of delay, action would come to trial if allowed to continue—Although circumstances of status review initiated by Court somewhat different from motion to dismiss for want of prosecution, such reasoning instructive—These particular actions should not have been dismissed upon first notice of status review—Actions in question continued as specially-managed proceedings—Appeal allowed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 382.

INTERBOX PROMOTION CORP. v. 9073-0433 QUÉBEC INC. (T-1040-02, 2004 FC 144, Harrington J., order dated 29/1/04, 13 pp.)

CONTEMPT OF COURT

Appeal from order of Lemieux J. ((2003), 231 F.T.R. 257 (F.C.T.D.)) finding appellant guilty of contempt of order of Pinard J.—After appellant consented to discontinuance of Anton Piller order issued by Campbell J., Pinard J. ordered appellant (plaintiff) to forthwith return to defendants all goods and documents seized from such defendants in course of execution of Anton Piller order—Lemieux J. held goods not returned to defendants until one month and ten days after appellant became aware of Pinard J.'s order—He therefore found appellant failed to return goods forthwith and in contempt of Pinard J.'s order—Order issued by Rouleau J., which was precursor of contempt proceedings before Lemieux J., required appellant to show cause why it should not be found in contempt for knowingly and intentionally failing to deliver to defendant forthwith after December, 10, 2002, goods seized from defendant in course of execution of Anton Piller order—No requirement to prove intention to disobey court order in order to make out case of civil contempt—Reference to “knowingly and intentionally” failing to return goods merely meant appellant’s failure to return goods could not be accidental or involuntary—No requirement failure to return goods motivated by intention to disobey Pinard J.’s order—Lemieux J.’s finding appellant did not deliberately flaunt Pinard J.’s order and simply nonchalant about compliance, went to assessment of appropriate fine—Did not change fact appellant knew of its obligation under Pinard J.’s order—Appeal dismissed.

UNIVERSAL FOODS INC. v. HERMES FOOD IMPORTERS LTD. (A-200-03, 2004 FCA 53, Rothstein J.A., judgment dated 3/2/04, 4 pp.)

DISCOVERY*Production of Documents*

Pursuant to Federal Court Rules (Rules), 1998, r. 369 applicant seeking order enjoining respondent to amend its affidavit of documents to include certain documents and,

PRACTICE—Continued

pursuant to Rules, rr. 240, 244, requiring respondent to provide information pursuant to cross-examination of respondent’s representative—Applicant claims documents are relevant for litigation purposes while respondent claims contrary—Applicant arrested for speeding by Royal Canadian Mounted Police (RCMP) officer in New Brunswick—Notwithstanding her request, RCMP did not provide French-language services—Whether litigation involving all institutions of Government and Parliament of Canada (institutions) operating in New Brunswick or involving only RCMP?—Relevance of a document assessed in light of pleadings—Applicant made five requests for documents—Court holding requests 1, 2 and 4 irrelevant and requests 3 and 5 relevant—Applicant further requests that respondent be obliged to provide some information on examination for discovery—Cases holding that on examination for discovery approach less formal than at trial and that objective is to allow parties to inquire as to existence of facts and to assess their relevance—However, these inquiries must be related to facts recounted in pleadings—Request concerning discussions about Commissioner of Official Languages report between RCMP representatives and people outside RCMP (in as much as limited to Treasury Board Secretariat) appears relevant—Furthermore, Treasury Board Secretariat plays important role in enforcing obligations under Official Languages Act and regulations thereunder and it is admitted in evidence that RCMP contacted Secretariat about this case—Request to provide written information authorized but outside discussions limited to those between Treasury Board Secretariat and RCMP—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 240, 244, 369—Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31.

PAULIN-KAÏRÉ v. CANADA (T-490-02, 2004 FC 296, Noël J.A., order dated 27/2/04, 8 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Reversal or Variation*

Motion by AstraZeneca Canada Inc. (AstraZeneca or applicant) for order varying protective order made in Court file T-1446-93 (application to prohibit issuance of notice of compliance to Apotex) allowing use of information subject to protective order in Court file T-260-04 (application to quash Apotex’s notice of compliance), subject to appropriate protective terms—Motions relating to dispute concerning Apotex’s Apo-Omeprazole brand of omeprazole capsules and several of AstraZeneca’s relevant patents—Protective order contained number of provisions designed to guard against improper disclosure and use of Apotex’s confidential information—All such confidential information produced should have been returned to Apotex or destroyed by end of May 1999—Applicant says information on Court file

PRACTICE—Continued

T-1446-93 subject to protective order relevant to judicial review challenge of notice of compliance in T-260-04—Applicant also says access to information will result in no prejudice to Apotex and not to grant relief sought would be travesty of justice because it would mean Apotex could shield itself in event it has used different formulations in relation to relevant patents—Furthermore, applicant says technical grounds of resistance advanced by Apotex should not be allowed to defeat compelling judicial review and public interest requiring relevant formulation information to be before Court when judicial review heard on T-260-04—Matter of relevance, appropriateness of remedies better left to judge hearing judicial review—*Smith, Kline and French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1989] 3 F.C. 540 (T.D.), affd (1997), 74 C.P.R. (3d) 165 (F.C.A.) summarizing relevant legal principles to be applied on such motions—Whether, on facts of this case, there is some change in circumstances or compelling reason to vary protective order—Issue of different formulations sufficiently compelling reason to vary protective order—Strictly speaking, any change in circumstance not in relation to issues between parties in action for which confidential information produced—But nor is it completely new circumstance involving different parties, and nature and history of dispute over relevant patents makes it difficult to sever and isolate different actions in way suggested by Apotex—*Smith, Kline and French Laboratories Ltd.* not ruling out variations even where “purposes for access is unrelated in any way and is . . . collateral or ulterior to the action in which the documents are filed and sealed” provided reasons for varying order “truly compelling”—This not case where third party seeking access to evidence for completely collateral purpose, but latest round in long fight that requires use of information in T-1446-93 to enable judge hearing judicial review in T-260-04 to dispose of key issue of whether Apotex relied on different formulations in respect of omeprazole—Apotex indicating “confidence in the integrity of the judicial process” at stake here—This requires confidential information be accessed and available to judicial review process—To do otherwise would be to essentially grant Apotex immunity in relation to grounds applicant raised for challenging NOC—Sufficiently compelling reason to vary protective order.

AB HASSLE AND ASTRA PHARMA INC. V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-1446-93, 2004 FC 377, Russell J., order dated 12/3/04, 17 pp.)

Summary Judgment

Motion for summary judgment by defendants under Federal Court Rules, 1998, rr. 213, 220 in action by Apotex to obtain damages pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (Regulations), s. 8—S. 8, as exists

PRACTICE—Concluded

today, imposing civil liability on first person (Merck) where order of prohibition subsequently dismissed by court—Apotex commenced action seeking damages in respect of prohibition proceedings relying on s. 8 as appearing in Regulations today and, in alternative, on s. 8 as existing prior to amendments made in 1998—Apotex also claiming damages against Merck for unjust enrichment—Review of principles governing summary judgment—At heart of dispute issues of interpretation of old s. 8, new s. 8—For discretionary decision to be made under r. 216(2)(b), sufficient that responding party put forward cogent reasons why determination of question of law best left to trial judge—Significant gap in evidence required to determine proper interpretation of provisions—Missing evidence relating to intent, object of regulations underlying statutory framework—Further evidence from defendants, third party and government officials relevant to determination of issues here—Much of such evidence will be contested and thus properly dealt with at trial—Apotex should not be precluded, through summary judgment, from leading this evidence—Trial likely necessary to establish proper evidence for determination of issues related to interpretation of Regulations, s. 8—Firstly, as genuine issue for trial, r. 216(1) not available to defendants—Secondly, few, if any efficiencies to be gained, by determining these questions of law on incomplete record—Motion dismissed in respect of both issues related to interpretation of s. 8—Issue of availability of claim for unjust enrichment interwoven with interpretation of s. 8—Much of evidence that would be produced relating to contextual framework for Regulations could also be relevant to issue of unjust enrichment—Accordingly, genuine issue for trial—Finally, as to request questions be determined preliminary to any trial pursuant to r. 220(1), nothing further could be gained from adding this extra step to already lengthy process—Issues of statutory interpretation best finally settled after trial—Motion dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 213, 216, 220—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 8 (as am. by SOR/98-166, s. 8).

APOTEX INC. V. MERCK & CO., INC. (T-411-01, 2004 FC 314, Snider J., order dated 2/3/04, 24 pp.)

PUBLIC SERVICE

Judicial review of Deputy Head, Grievance Nominee, Immigration and Refugee Board’s (DHGN) decision rejecting applicant’s grievance and approving recommendation of Classification Grievance Committee (Committee)—Applicants 27 members of Immigration Division of Immigration and Refugee Board and located in different areas across Canada—Applicants formerly called adjudicators—Applicants presented grievance to employer, Treasury Board, related to their job classification in January 2002—Applicants claimed job classification in error and requested positions be

PUBLIC SERVICE—Continued

reclassified upward from PM-05 to PM-06 group and level—Grievance dealt with as group, as all applicants have same position and classified at same group and level, and applicants members of Canadian Employment and Immigration Union, a division of Public Service Alliance of Canada—Committee awarded 719 points to applicants, two points shy of necessary 721 points to be reclassified at PM-06 group and level—Duty of fairness applies to classification grievance process and DHGN's decision, adopting recommendation of Committee, may be set aside by Court because Committee failed to provide grievor with fair hearing—Content of duty of fairness, given nature of classification grievance process and nature of interests involved, located in lower zone of spectrum—As for participation of individual affected by decision, Supreme Court held in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, individual must have meaningful opportunity to fully and fairly present case—In order to assist in determining content of duty of fairness in particular administrative setting, *Baker* set out non-exhaustive list of five factors to consider—Applicants raised persuasive arguments hearing not conducted in manner affording full and fair opportunity to present case—Bearing in mind all five *Baker* factors, each alleged breach of procedural fairness considered—(1) As to lack of simultaneous translation, Committee erred in not ensuring some form of translation services provided in proceeding—Refusal to provide translation services in circumstances diminished ability of applicants to fully participate in hearing—While applicants had choice of having representative speak for them and must have known prior to hearing one of union representatives would only make representations in French language, such considerations not overriding Committee's duty to provide fair hearing, so that grievors choosing to participate could do so in meaningful manner—(2) Time constraints placed on hearing also appear to have impeded applicants' ability to fairly and fully present their case—(3) Respondent not filing any evidence explaining why agreed to provide teleconferencing, at applicants' costs, when hearing first scheduled to proceed in July 2002, and then denied it for rescheduled date—Lack of explanation troubling—Administrative decision-maker, such as Committee, not operating in vacuum, and applicants deserved some sort of explanation as to why conferencing medium not provided at rescheduled date—(4) Committee should have given applicants opportunity to review and respond to information provided by management—Grievor in classification grievance process should have adequate opportunity to respond to information or issue which Committee regards as fundamental to disposition of grievance, where issue one grievor did not realize or could not reasonably be expected to anticipate would be in dispute—In light of uncontradicted evidence, information provided by management fundamental to disposition of grievance—(5) Finally, applicants emphasized Committee's report not

PUBLIC SERVICE—Concluded

providing any analysis or comment on submissions related to alleged unwritten classification principle that subordinate and superior can never be classified at same group and level—Committee did not address applicants' representations on this issue other than to state organizational context of positions had always been integral part of PM occupational group classification process and could not be ignored—Not answering heart of applicants' grievance, namely, that notion subordinate, superior positions within organization cannot be classified at same level, should not be applied as binding rule within classification grievance process, and particularly, should not apply to their situation—Committee's report should have included analysis setting out differences between grieved position and suggested bench mark positions—Reasons for decision under review inadequate, thus procedural fairness breached—Application allowed.

LAPOINTE V. CANADA (TREASURY BOARD) (T-700-03, 2004 FC 244, Mosley J., order dated 18/2/04, 26 pp.)

SELECTION PROCESS*Merit Principle*

Judicial review of decision of Public Service Commission Appeal Board dismissing applicant's appeal respecting proposed appointments to Committee Advisor position—Applicant alleging that level of French-language proficiency of Selection Board Chairperson was insufficient to assess his candidacy—Did Appeal Board err in finding that merit principle respected when Board composition was changed for applicant's interview?—He alleged that having a member on Board who could not communicate with him in French violated merit principle because not assessed in same way as other candidates—Settled law that all members of Selection Board must possess sufficient language proficiency to allow effective communication with candidate in official language in which wishes to be assessed—Appeal Board erred in finding that Selection Board respected merit principle even though composition of panel was changed for applicant's interview—This Court has established that in order for merit principle to be respected, Selection Board must assess and rank all candidates in same manner—Selection Board may not be changed to interview different candidates without violating merit principle—No evidence that Selection Board member who was replaced communicated with her replacement to satisfy herself that their criteria for assessing candidates were similar—Consequently, Selection Board violated merit principle because applicant not assessed in same manner as other three candidates—Application allowed—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33.

ALI V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1027-03, 2004 FC 592, Shore J., order dated 22/4/04, 18 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et 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 consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/caf/index.shtml> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la cour Fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg

ASSURANCE-EMPLOI

Contrôle judiciaire de la décision du juge suppléant de la Cour canadienne de l'impôt (juge) déterminant que l'emploi de Patrick Duhaime et Georges Laganière était un emploi assurable au sens de l'art. 5(1)a) de la Loi sur l'assurance-emploi—La stipulation des parties quant à la nature de leurs relations contractuelles n'est pas nécessairement déterminante et la Cour peut en arriver à une détermination contraire sur la foi de la preuve soumise—En l'absence d'une preuve non équivoque au contraire, la Cour doit d'abord prendre en compte l'intention déclarée des parties—En présence d'un véritable contrat, il s'agit de déterminer si, entre les parties, existe un lien de subordination, caractéristique du contrat de travail, ou s'il n'y a pas, plutôt, un degré d'autonomie révélateur d'un contrat d'entreprise—Les contrats passés entre la demanderesse et les diverses pharmacies, ainsi que ceux signés entre la demanderesse et les deux livreurs en cause, indiquent clairement l'intention des parties d'être gouvernées par une relation de type entrepreneur/sous-traitant—Personne n'a suggéré à quelque moment que ce soit que les nombreuses pharmacies, qui faisaient exécuter leurs livraisons de médicaments à leurs clients par la demanderesse, étaient des employeurs de celle-ci, qu'il existait entre ces parties un contrat de travail et des emplois assurables—Au niveau du contrôle, le fait que les livreurs étaient soumis à des heures de disponibilité obligatoires, qu'ils œuvraient chacun dans un territoire défini et qu'ils ne pouvaient modifier l'horaire de travail sans l'autorisation de la demanderesse ne sont pas des éléments déterminants dans la recherche de la qualification de la relation globale entre les parties et ne sont pas suffisants pour changer la nature de celle qu'elles ont exprimée au contrat—L'obligation des livreurs de produire des rapports de livraison ainsi que le fait que la demanderesse s'informait auprès des pharmaciens que les marchandises étaient bien cueillies et livrées tel que convenu et à leur satisfaction ne font preuve que d'un contrôle du résultat par la demanderesse, résultat dont elle assume la responsabilité auprès de ses clients—Le contrat d'entreprise n'échappe pas à la nécessité d'une facturation—La mise en place d'un mécanisme et système de facturation n'indique pas en soi l'existence d'un lien de subordination—Il est normal que la demanderesse s'occupe de

ASSURANCE-EMPLOI—Suite

la négociation des prix de livraisons avec les pharmacies ainsi que de la gestion des plaintes puisque c'est elle qui a contracté avec les pharmacies et qui est redevable du service à sa clientèle—Quant au remplacement d'un livreur, il appert du contrat de sous-traitance que l'obligation de trouver un remplaçant et de le payer incombe au livreur—Cette clause du contrat de sous-traitance et de la preuve sur ce point démontre plutôt une marque d'autonomie qu'un lien de subordination—Quant à la propriété des outils de travail, la preuve démontre que trois outils sont nécessaires à l'exécution des travaux—L'outil le plus important et le plus coûteux demeure l'automobile—Cet outil est la propriété des livreurs—Le critère de la propriété des outils appuie l'intention exprimée par les parties d'être régies par un contrat d'entreprise—Quant à la chance de profits et les risques de pertes, le fait que les livreurs pouvaient eux-mêmes se livrer à de la sous-traitance est indicateur d'un contrat d'entreprise—Les contrats et les témoignages établissent que les livreurs assumaient les dépenses reliés à l'utilisation de leurs automobiles—Les livreurs encouraient les risques de pertes et une fluctuation de leurs revenus, particulièrement en cas d'accident—Enfin, les livreurs engageaient leur responsabilité pour la pertes des médicaments, des argents qu'ils recevaient des clients des pharmacies et des équipements de communication fournis par la demanderesse—Il étaient exposés à un risque de pertes—Quant au degré d'intégration, il doit s'apprécier du point de vue des travailleurs et non de celui de l'entreprise—Il s'agit de déterminer à qui appartient l'entreprise—Le juge s'est bien posé cette question, mais il n'y a jamais répondu et n'a pas procédé à l'analyse du sujet—MM. Duhaime et Laganière exploitent chacun une entreprise de transport ou livraison de produit—Les livreurs sont libres d'accepter ou de refuser les offres de services que fait la demanderesse—Ils ne sont pas liés par une clause d'exclusivité des services—La preuve a révélé qu'un des livreurs livrait également de la pizza—Les livreurs n'avaient pas de bureaux ou de locaux chez la demanderesse—Ils n'avaient pas à passer chez la demanderesse pour effectuer leur travail de livraison—Ils avaient la faculté de refuser ou d'accepter des offres de services—Ces derniers éléments

ASSURANCE-EMPLOI—Suite

militent en faveur d'un contrat d'entreprise—Demande accueillie dans les dossiers A-663-02 et A-664-02—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 5(1)a).

LIVREUR PLUS INC. c. M.N.R. (A-663-02, 2004 CAF 68, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 13-2-04, 25 p.)

Contrôle judiciaire de la décision du juge-arbitre selon laquelle le demandeur n'était pas en état de chômage durant la période en cause et avait sciemment fait de fausses déclarations—L'affaire *Canada (Procureur général) c. Jouan* (1995), 179 N.R. 127 (C.A.F.) a constitué un tournant décisif en érigeant en facteur «le plus important» le facteur «temps consacré à l'entreprise»—Un prestataire ne sera pas en état de chômage s'il se contente de se dire disponible et n'effectue pas, tout au long de sa période de prestations, des démarches sérieuses et réelles pour se trouver du travail—Le facteur «temps» et le facteur «intention et volonté» sont d'une importance primordiale—Un prestataire qui n'a pas le temps de travailler ou qui ne se cherche pas activement un emploi ne devrait pas bénéficier du système d'assurance-emploi—En l'espèce, le conseil arbitral a commis des erreurs manifestes et dominantes en concluant que le fait de consacrer quelque 40 heures par semaine à son entreprise pendant neuf mois et de n'effectuer pendant cette période aucune recherche d'emploi ne suffisait pas à rendre le prestataire inadmissible—Quant aux pénalités et l'avis de violation, le conseil arbitral a annulé les pénalités et l'avis de violation pour le motif que le prestataire avait fait ses fausses déclarations sur la foi d'une explication qui lui avait été donnée par un fonctionnaire de la Commission—Le juge-arbitre a infirmé cette décision—Le juge-arbitre semble croire que dès lors qu'une déclaration est fautive, elle a été faite sciemment—Voilà une erreur de taille, le juge-arbitre se devait de déterminer si le conseil arbitral avait erré en se fiant à l'explication obtenue du fonctionnaire pour conclure que la fautive déclaration n'avait pas été faite sciemment—En somme, le juge-arbitre n'a pas justifié son intervention—En tenant pour acquis que le prestataire n'était pas admissible, mais que les pénalités et l'avis de violation n'étaient pas fondés, la demande de contrôle judiciaire est accueillie en partie—Règlement sur l'assurance-emploi, DORS/96-332, art. 30(2).

CHARBONNEAU C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-699-02, 2004 CAF 61, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 10-2-04, 7 p.)

La Commission de l'assurance-emploi (Commission) a tenu compte de la situation financière du défendeur et de sa capacité de payer lorsqu'elle a réduit de 10 p. cent la pénalité qu'elle aurait normalement imposée—Contrôle judiciaire de la décision d'un juge-arbitre que le conseil arbitral n'avait pas l'autorité pour substituer son opinion à celle de la

ASSURANCE-EMPLOI—Fin

Commission—Aucun fait nouveau n'a été amené devant le juge-arbitre justifiant son intervention—Il a eu raison de conclure ainsi puisqu'il n'y avait pas de preuve que la Commission avait exercé sa discrétion d'une manière abusive ou contraire à la loi—Le juge-arbitre n'avait aucun pouvoir de substituer son opinion à celle de la Commission—Il a erré en s'attaquant à la pratique de la Commission—Il n'est pas approprié d'importer en matière de pénalités imposées par la Commission les principes applicables à la détermination du quantum des amendes en matière pénale—Demande accueillie.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. HUDON (A-34-03, 2004 CAF 22, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 20-1-04, 3 p.)

BREVETS**CONTREFAÇON**

Appel principal portant sur une ordonnance par laquelle la Section de première instance (telle qu'elle était alors constituée) a jugé ((2003), 229 F.T.R. 104 (F.C.T.D.)) qu'un brevet redélivré était valide et n'avait pas été contrefait—Autre appel portant sur un jugement ayant accordé à l'intimée 50 p. cent de ses dépens—Les parties ont convenu que l'adjudication des dépens devrait être modifiée si la Cour concluait que l'intimée avait contrefait le brevet—Brevet intitulé «Installation de production de mouleurs décoratives et méthode connexe»—Bien que le brevet ait été redélivré, la légère modification ainsi apportée est sans importance pour les présents appels—Les revendications 1 à 8 du brevet se rapportent à une méthode de fabrication de mouleurs décoratives allongées, tandis que les revendications 9 à 18 décrivent une machine servant à fabriquer de telles mouleurs—Les appels ne portent pas sur la validité du brevet—Il s'agit de savoir si la juge de première instance a commis une erreur en interprétant les revendications du brevet et, en deuxième lieu, si elle a commis une erreur en concluant que le brevet n'avait pas été contrefait—Les arrêts *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067 et *Free World Trust c. Electro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, ont rejeté la méthode d'interprétation des brevets dite «analyse à deux volets» selon laquelle le tribunal commence par examiner si, selon une interprétation littérale, l'appareil argué de contrefaçon constitue une réalisation de l'invention brevetée et, si tel n'est pas le cas, examine ensuite si l'appareil constitue une réalisation de l'«essentiel» ou de la «substance» de l'invention—L'analyse comportant un seul volet ou analyse téléologique a été préférée—Comme l'a expliqué le juge Binnie dans l'arrêt *Whirlpool* «[l']interprétation téléologique repose donc sur l'identification par la cour, avec l'aide du lecteur versé dans l'art, des mots ou expressions particuliers qui sont utilisés dans les revendications pour décrire ce qui, selon l'inventeur, constituait les éléments «essentiels» de son

BREVETS—Suite

invention»—Dans l'arrêt *Free World Trust*, le juge Binnie énumère plusieurs propositions relatives à l'interprétation des revendications de brevet, dont la question de savoir si, suivant une interprétation téléologique, il ressort de la teneur des revendications que certains éléments de l'invention sont essentiels, alors que d'autres ne le sont pas—Il précise aussi la méthode d'analyse applicable—Il incombe au breveté d'établir que, pour un expert du domaine, une caractéristique revendiquée d'une invention était manifestement remplaçable—Ce que doit faire le juge de première instance, c'est de déterminer, sur le fondement d'une interprétation téléologique du brevet, quels éléments de l'invention revendiquée étaient critiques ou «essentiels» et lesquels ne l'étaient pas—La juge de première instance avait manifestement une juste idée de l'analyse qu'elle avait à faire—Elle avait parfaitement le droit de donner aux revendications une interprétation différente de celle préconisée par les parties—En résumé, le brevet enseigne qu'un élément essentiel de l'invention est une table qui est «continue» (c'est-à-dire ininterrompue) sur la largeur du noyau en mousse de la zone d'entrée jusques et y compris à la sortie du noyau de l'enceinte d'enrobage—Aucun élément du contexte des revendications ou du témoignage des experts n'indique que le breveté envisageait ou entendait revendiquer des variantes de cet élément—La nature essentielle de cet élément est appuyée par les buts de la table tels qu'ils sont indiqués dans le brevet—Les appelants n'ont pas démontré que la juge de première instance avait commis une erreur dans son interprétation des revendications 1 et 9—Quant à la contrefaçon, la juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que la question de la contrefaçon pouvait être tranchée seulement sur le fondement que la machine de l'intimée avait une face supérieure qui était interrompue par un caniveau et des digues ou racles—En incorporant un caniveau et des digues ou racles dans la machine, l'intimée a omis un élément essentiel des deux revendications 1 et 9, à savoir une face supérieure de la table qui soit «continue»—Par conséquent, la juge de première instance a conclu qu'il n'y avait pas contrefaçon de ces revendications ou de l'une quelconque des revendications dépendantes et a rejeté à bon droit l'action—Appels rejetés.

CANAMOULD EXTRUSIONS LTD. C. DRIANGLE INC.
(A-162-03, A-278-03, 2004 CAF 63, juge Stone, J.C.A.,
jugement en date du 12-2-04, 24 p.)

PRATIQUE

Depuis 1987, Bayer AG (Bayer) est titulaire d'un brevet canadien portant sur l'antibactérien chlorhydrate de ciprofloxacine (ciprofloxacine) fabriqué selon les procédés revendiqués dans le brevet ou selon leurs équivalents chimiques manifestes—Bayer vend la ciprofloxacine au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré par le ministre en application de l'art. C.08.004 du Règlement sur les

BREVETS—Suite

aliments et drogues—Apotex a déposé plusieurs avis d'allégation portant que le brevet de Bayer est invalide ou qu'il n'y a pas contrefaçon du brevet—À titre préliminaire, Bayer demande une ordonnance déclarant que l'avis d'allégation d'Apotex est invalide pour inobservation de l'art. 5 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) au motif qu'Apotex n'a pas déposé de demande d'avis de conformité à l'égard de son procédé pour la ciprofloxacine avant de signifier son avis d'allégation de non-contrefaçon à Bayer—1) Apotex a respecté les délais prévus à l'art. 5(3)c(i)—L'art. 5(3)c(i) prévoit que la demande d'avis de conformité doit être déposée auprès du ministre avant la signification de l'avis d'allégation de non-contrefaçon ou en même temps que cette signification—Apotex a déposé au départ sa présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) pour la ciprofloxacine en 1993 et le ministre l'avait donc dans ses dossiers au moment où l'avis d'allégation a été signifié—Le 25 avril 2002, Apotex a déposé auprès du ministre des renseignements relatifs à un «préavis de modification» contenant le procédé d'Apotex, lequel fait l'objet de l'avis d'allégation de non-contrefaçon en l'espèce—Pour déterminer si Apotex a observé l'ordre prévu à l'art. 5(3)c(i), il faut déterminer d'abord quel est l'effet juridique d'un «préavis de modification», puis si la modification d'une présentation abrégée de drogue nouvelle par la voie d'un préavis de modification constitue une «demande d'avis de conformité» au sens de l'art. 5—Bayer s'appuie sur la Ligne directrice de la Direction des produits thérapeutiques, Gestion des présentations de drogues (la politique) pour plaider que, si un préavis de modification renferme des insuffisances lors du dépôt, il ne constitue pas une «demande d'avis de conformité» tant que tous les documents voulus n'ont pas été déposés et acceptés par le ministre en vue de l'évaluation—Le terme «demande d'avis de conformité» n'est pas défini dans le Règlement, mais l'art. 2 définit l'«avis de conformité» comme un «[a]vis délivré au titre de l'art. C.08.004 du Règlement sur les aliments et drogues»—Le terme «préavis de modification» ne figure pas dans le Règlement sur les aliments et drogues, ni dans le Règlement sur les avis de conformité—Il n'est mentionné que dans la politique—Le préavis de modification est donc simplement un document de notification exigé à des fins administratives—Un préavis de modification n'a pas d'effet en droit—On trouve également un appui à la position d'Apotex que la définition de la «demande d'avis de conformité» au sens de l'art. 5 du Règlement sur les avis de conformité ne comprend pas le préavis de modification dans la jurisprudence tenant que le terme «demande d'avis de conformité» tel qu'il est employé aux articles 4 et 5 du Règlement sur les avis de conformité signifie seulement une présentation de drogue nouvelle, une PADN et un supplément à une présentation de drogue nouvelle ou à une PADN—Un préavis de modification n'est pas une «demande d'avis de conformité» au sens de l'art. 5 du Règlement sur les avis de

BREVETS—Suite

conformité et il ne peut déclencher l'application de l'art. 5(3)c(i)—La PADN déposée par Apotex en 1993 est une «demande d'avis de conformité» au sens de l'art. 5 et elle satisfait à la règle prescrivant qu'une «demande d'avis de conformité» se trouve dans le dossier du ministre avant la signification de l'avis d'allégation de non-contrefaçon, ou au moment de cette signification—2) Les demanderesse allèguent qu'Apotex n'a pas observé l'art. 5(3)c(i) parce que son avis d'allégation n'est pas «relatif à» sa demande d'avis de conformité—Selon l'art. 5(3)c(i), lorsqu'une seconde personne (Apotex) a déposé une demande d'avis de conformité et qu'elle allègue la non-contrefaçon, elle doit signifier à la première personne (Bayer) un avis de l'allégation «relative à» la demande d'avis de conformité déposée auprès du ministre—Bayer dit que, comme la PADN d'Apotex ne contient pas son procédé actuel visé par son avis d'allégation, la PADN d'Apotex n'est pas «relative à» son avis d'allégation du fait que la présentation abrégée de drogue nouvelle ne contient pas dans sa totalité le fondement de l'allégation de non-contrefaçon—Le juge Gibson a rejeté cet argument dans le jugement *AB Hassle c. RhoxalPharma Inc.* (2002), 21 C.P.R. (4th) 298 (C.F. 1^{re} inst.)—Suivant le raisonnement du juge Gibson, Apotex a observé l'art. 5 du Règlement sur les avis de conformité—La Cour a compétence pour se prononcer sur le fond—3) En ce qui concerne la question de la non-contrefaçon, pour décider si un brevet a été contrefait, il faut commencer par interpréter les revendications du brevet pour déterminer la portée exacte du monopole octroyé par le brevet—Il faut ensuite considérer si le procédé attaqué entre dans la portée des revendications—Il incombe au tribunal de départager l'essentiel et le non-essentiel—Bien que la substitution ou l'omission d'un élément essentiel d'une invention brevetée réfute une allégation de contrefaçon, la substitution ou l'omission d'un élément non essentiel ne fait pas nécessairement échec à la prétention du breveté qu'il y a eu contrefaçon—Les revendications d'un brevet doivent être interprétées du point de vue d'une personne versée dans l'art à qui le brevet s'adresse et qui se sert de ses connaissances dans le domaine auquel le brevet a trait—En l'espèce, une personne versée dans l'art est une personne qui a des connaissances poussées dans le domaine de la chimie organique—Examen de la preuve sur l'interprétation—La bonne interprétation du brevet est celle que défend Apotex—Toutefois, pour tenir compte de la formulation expresse de l'art. 39(1) de la Loi sur les brevets, ainsi que de la formulation du brevet lui-même, la Cour ajoute les mots «ou un équivalent chimique manifeste» à chacun des cinq éléments essentiels exprimés—Le procédé d'Apotex comporte six étapes, mais l'examen porte principalement sur l'étape 2, car c'est à cette étape que, de l'avis de Bayer, il y a contrefaçon des revendications 8(1) et 14(10), en raison de l'équivalence chimique manifeste au procédé de Bayer—Examen des arguments et de la preuve des deux parties—Différence

BREVETS—Fin

considérable entre les produits chimiques utilisés pour le procédé d'Apotex et pour celui de Bayer—Explications détaillées de cette conclusion—La preuve établit que la réaction chimique utilisée à l'étape 2 du procédé d'Apotex n'est pas un équivalent chimique manifeste de la réaction utilisée dans le procédé de Bayer décrit aux revendications 8(1) et 14(10) du brevet—Bayer n'a pas démontré que l'allégation de non-contrefaçon d'Apotex n'est pas fondée—Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. C.08.004 (mod. par DORS/95-411, art. 6)—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 4 (mod. par DORS/98-166, art. 3), 5(3)c(i) (mod., *idem*, art. 4)—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 39(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.) ch. 33, art. 14).

BAYER AG C. APOTEX INC. (T-877-02, 2004 CF 177, juge Campbell, ordonnance en date du 2-2-04, 45 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**EXCLUSION ET RENVOI**

Contrôle judiciaire d'une décision de Citoyenneté et Immigration Canada (le défendeur) selon laquelle la demanderesse doit 114 715,68 \$ au défendeur pour les frais de renvoi de Mohamed Moussa Mouhoumed (Moussa)—La demanderesse soumet que les frais de renvois occasionnés par la décision unilatérale du défendeur de nolisier un avion privé de Montréal à Djibouti étaient déraisonnables et excessifs et qu'en conséquence, elle ne peut être obligée de les rembourser—La demanderesse a tenté deux fois de transporter Moussa à bord de l'un de ses vols commerciaux mais ce fut un échec—Moussa a eu un comportement excessif et le pilote lui a ordonné de descendre de l'avion dans les deux cas—Le défendeur avait essayé lui-même deux fois auparavant de le renvoyer à bord de vols commerciaux réguliers et ces tentatives furent aussi des échecs—La demanderesse a indiqué que si Moussa répétait ce comportement violent, elle ferait les arrangements nécessaires pour qu'une partie de l'avion d'Air Djibouti soit réservée pour le passager et ses escortes—Aucune assurance qu'Air Djibouti consentirait à l'occasion d'un vol régulier de mettre à la disposition de la demanderesse une partie de l'appareil—C'est pourquoi le défendeur avait proposé à la demanderesse de réserver lui-même un petit avion nolisé pour le trajet Dubai-Djibouti—Or, cette proposition est demeurée sans réponse—Considérant que la demanderesse n'avait pas fait diligence, et après l'avoir avisée plusieurs fois, le défendeur s'est alors prévalu de l'option prévue à l'art. 87(2) de l'ancienne Loi sur l'immigration et a fait ses propres arrangements pour le renvoi de Moussa—Cette décision était raisonnable—La preuve au dossier démontre que les tentatives antérieures de déporter Moussa avaient échouées—Après avoir donné à la demanderesse la possibilité de s'acquitter de son obligation pendant trois mois, il était raisonnable pour le défendeur de conclure que la demanderesse n'avait pas fait

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

diligence—Aucun manquement aux principes de justices naturelle puisque la demanderesse fut avisée plusieurs fois de son obligation de transporteur—La preuve révèle que le défendeur a donné à la demanderesse plusieurs opportunités de présenter un arrangement qui lui serait adéquat, considérant les besoins spéciaux que le transport aérien de Moussa nécessitait—En conclusion, eu égard au comportement violent de Moussa lors des maintes tentatives de renvoi, du fait que l'avion commercial prévu par la demanderesse entre Dubai et Djibouti ne répondait pas aux préoccupations de sécurité du défendeur, et compte tenu du silence de la demanderesse quant à la dernière proposition du défendeur et du délai écoulé de trois mois, la décision satisfait la norme du raisonnable puisqu'elle est fondée sur une explication défendable—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 87(2).

KLM ROYAL DUTCH AIRLINES C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (IMM-5992-02, 2004 CF 308, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 2-3-04, 14 p.)

Renvoi de résidents permanents

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration rejetant la requête en vue de rouvrir l'appel formé contre l'expulsion parce que l'art. 64(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) fait obstacle à l'appel—Le demandeur est un citoyen jamaïcain de 41 ans qui a obtenu le statut de résident permanent au Canada—Il a fait l'objet d'une mesure d'expulsion en raison de condamnations criminelles au Canada—Le 18 février 2000, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration s'est dit d'avis que le demandeur constituait «un danger pour le public» au Canada aux termes de l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration (l'ancienne Loi)—L'appel contre la mesure d'expulsion a été rejeté parce que l'art. 70(5) stipule qu'aucun appel ne peut être fait à la section d'appel par une personne contre qui un «avis de danger» a été rendu—Après l'entrée en vigueur de la LIPR, le demandeur a déposé une requête afin que son appel soit réentendu parce que l'art. 64(2) de la LIPR aurait changé le seuil applicable au cas de «grande criminalité»—La Section d'appel a statué que l'art. 326(2) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (Règlement) stipule que tous les «avis de danger» délivrés en vertu de l'ancienne Loi constituent des cas de «grande criminalité» pour les fins de l'art. 64(1) de la LIPR—La question est de savoir si un «avis de danger» délivré à l'encontre du demandeur en vertu de l'ancienne Loi fait obstacle à un appel à la Section d'appel, du fait de l'application de l'art. 64(1) de la LIPR et de l'art. 326(2) du Règlement—En vertu de l'art. 326(2) du Règlement, une personne qui a fait l'objet d'un «avis de danger» en vertu de l'ancienne Loi est visée par l'art. 64(1) de la LIPR—L'art. 64(1) stipule qu'aucun appel ne peut être fait

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

à la Section d'appel si la personne est interdite de territoire pour raison de «grande criminalité»—Le demandeur soutient que cela est ambigu parce que l'art. 64(2) stipule que, pour les fins de l'art. 64(1), l'interdiction de territoire pour grande criminalité vise l'infraction punie au Canada par un emprisonnement d'au moins deux ans—Puisque le demandeur a fait l'objet de peines d'emprisonnement de moins de deux ans, il prétend que l'art. 64(1) ne s'applique pas à son cas—La Cour n'accepte pas ce point de vue et confirme que l'art. 326(2) du Règlement doit signifier qu'un «avis de danger» délivré en vertu de l'ancienne Loi continue, pour les fins de la LIPR, d'empêcher les appels—Si l'art. 326(2) n'avait pas été adopté pour la période de transition, alors les «avis de danger» délivrés en vertu de l'ancienne Loi n'auraient plus aucune utilité—Par conséquent, le gouverneur en conseil avait l'intention de faire en sorte que la norme objective de criminalité en vertu de l'ancienne Loi, qui était le «danger pour le public», continue d'avoir pour effet d'empêcher un appel à la Section d'appel après l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi—L'art. 326(2) a prolongé la durée de validité de l'«avis de danger»—Le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation appuie cette interprétation—Ce n'est ni pas accident ni par omission que le gouverneur en conseil ne fait référence qu'à l'art. 64(1), et non pas à l'art. 64(2)—Les dispositions transitoires font en sorte que la Section d'appel n'a pas à chercher au-delà de l'«avis de danger» en appliquant l'art. 64(2) aux circonstances—Demande rejetée—La question suivante est certifiée: Si une personne a été reconnue coupable d'un crime punissable au Canada d'un emprisonnement de moins de deux ans, et qu'elle constitue un «danger pour le public» en vertu de l'art. 70(5) de l'ancienne Loi sur l'immigration, de sorte que cette personne n'avait pas de droit d'appel devant la section d'appel en vertu de l'ancienne Loi, l'art. 326(2) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, qui fait référence à l'art. 64(1) de la LIPR mais non à l'art. 64(2) de cette même Loi, fait-il obstacle à un appel devant la section d'appel?—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 64—Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 326—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 70(5) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13), 71 (mod., *idem*, art. 14).

TOWNSEND C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-655-03, 2004 CF 293, juge Kelen, ordonnance en date du 27-2-04, 15 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la SPR) dans laquelle la SPR a décidé que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger au sens des art. 96 et 97 de la Loi

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

sur l'immigration et la protection des réfugiés—Parmi les facteurs qui influent sur sa crédibilité, il y a le fait que le demandeur n'a produit aucune preuve, sauf une photographie du tracteur que les Tigres de libération de l'Éelam tamoul avaient obtenu par extorsion—La SPR prévoyait que l'avocate du demandeur soumettrait des éléments de preuve corroborants après l'audience, ainsi que des observations écrites et peut-être des documents sur le changement de situation dans le pays—Environ une semaine après l'audition de l'affaire par la SPR, l'avocate du demandeur a remis à la SPR les observations et la preuve supplémentaires concernant les conditions qui existaient au pays et concernant la propriété du tracteur—Les documents supplémentaires sur les conditions au pays et la copie de l'immatriculation du tracteur ont été renvoyés à l'avocate du demandeur parce que ces documents ont été fournis sans que les dispositions de la règle 37(1) des Règles de la Section de la protection des réfugiés, concernant la présentation de documents après l'audience, ne soient respectées—Cinq jours plus tard, l'avocate a présenté les documents supplémentaires accompagnés d'une lettre qui demandait d'accepter les documents à titre de demande de transmission de documents après l'audience en conformité avec la règle 37—Les motifs de la décision de la SPR ne mentionnent pas précisément les observations écrites du demandeur après l'audience—La SPR pouvait conclure, comme elle l'a fait, que le demandeur n'était pas crédible—Demande de contrôle judiciaire rejetée pour ce seul motif—Quant à la question de savoir si la SPR a commis une erreur dans son appréciation du changement de situation au pays, la conclusion de la SPR en est une de fait qui n'a pas joué un rôle primordial dans sa décision et qui pouvait être tirée par la SPR—Quant à savoir si la SPR a commis une erreur en omettant de statuer sur la preuve transmise après l'audience et en ne tenant pas compte de cette preuve, il incombait à la SPR d'expliquer les motifs pour lesquels elle acceptait ou rejetait la preuve transmise après l'audience, surtout dans une affaire comme celle-ci, lorsque ladite preuve aurait pu être déterminante—La SPR semble ni avoir pris une décision relativement à la demande déposée au nom du demandeur, ni avoir tenu compte de la preuve transmise après l'audience si, en fait, elle avait décidé de l'accepter, entraînant ainsi un manquement au principe de l'équité—Malgré ce manque d'équité, la Cour n'est pas tenue d'écarter une décision qu'elle est chargée d'examiner si un nouvel examen n'aurait absolument pas pour effet de modifier la décision, comme c'est le cas en l'espèce—Demande rejetée—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 96, 97—Règles de la Section de la protection des réfugiés, DORS/2002-228, règle 37(1).

MAHENDRAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-604-03, 2004 CF 255, juge Gibson, ordonnance en date du 20-2-04, 14 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) selon laquelle les demandeurs n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—Le demandeur principal (A.C.) était un citoyen du Bangladesh craignant d'être persécuté au Bangladesh—En 1998, il avait été déclaré coupable par contumace par un tribunal bangladais pour son rôle en tant que conspirateur lors d'un coup, en 1975, ayant entraîné la mort du président de l'époque ainsi que des membres de la famille et de l'entourage de celui-ci—La demande de la conjointe du demandeur principal était dans une certaine mesure fondée sur celle de son conjoint—La Commission avait conclu que le demandeur était exclu par application de l'art. 1 Fa) et b) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés—Elle avait également conclu que le demandeur principal craignait d'être assujéti à des poursuites, et non d'être persécuté au sens de la définition de réfugié au sens de la Convention—La Commission avait conclu que la conjointe n'était pas visée par les exclusions prévues à l'art. 1 Fa) et b) de la Convention sur les réfugiés et qu'elle ne pouvait pas demander l'asile de son propre chef—En ce qui concerne l'argument selon lequel la Commission n'avait pas tenu compte de la preuve, la décision était brève, mais elle montrait d'une façon adéquate que la preuve avait été examinée et que les éléments de preuve contraires avaient été appréciés d'une façon appropriée, de manière à permettre à la Commission de conclure qu'il y avait des raisons sérieuses de penser qu'un crime grave de droit commun avait été commis—Le témoignage des témoins et les sources documentaires sur lesquelles ceux-ci s'étaient fondés constituaient des éléments de preuve cruciaux contredisant la conclusion de la Commission selon laquelle A.C. avait été mêlé au coup en 1975—La lecture de la décision dans son ensemble ne permet pas d'inférer que l'omission de la Commission de faire mention d'une façon détaillée des éléments de preuve allant à l'encontre de ses conclusions voulait dire que la Commission avait omis de tenir compte d'éléments de preuve importants ou avait tiré une conclusion de fait erronée—Les éléments de preuve contraires soumis par les demandeurs n'étaient pas suffisants pour convaincre la Commission, qui avait tenu compte des décisions rendues au Bangladesh et des renseignements fournis par Amnesty internationale, qu'il n'y avait pas de raisons sérieuses de penser qu'un crime grave de droit commun avait été commis—La Commission n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il y avait des raisons sérieuses de penser qu'A.C. avait commis un crime grave de droit commun—La Commission a conclu que la participation d'A.C. au coup en 1975 constituait un «crime de droit commun»—L'application du critère énoncé dans *Gil c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995]

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

1 C.F. 508 (C.A.), exige que le caractère «proportionné» des actes en question soient évalué et qu'on se demande s'il existe un lien rationnel entre le préjudice causé et un changement de régime politique—Le meurtre brutal et systématique de la famille du président ne peut pas être considéré comme proportionné à l'objectif, qui consistait à éliminer un personnage politique détesté—Les meurtres excessifs qui ont été commis dans ce cas-ci ne sauraient être justifiés comme moyen permettant d'en arriver à un changement de régime—Le fait que le lendemain du coup un gouvernement civil a été installé, lequel a été reconnu par le gouvernement du Canada, ne rend pas justifiables des meurtres excessifs sur le plan politique—Question de savoir si la Commission s'est posé la mauvaise question en mettant l'accent sur l'équité du procès avant de conclure qu'A.C. ne craignait pas avec raison d'être persécuté—La Commission n'a pas commis d'erreur en tirant sa conclusion relative à l'inclusion, parce que la preuve dont les demandeurs ont fait mention, en ce qui concerne la brutalité de la police et la torture, n'établissait pas l'existence d'un lien entre la présumée crainte d'A.C. et un motif reconnu par la Convention—La Commission n'a pas commis d'erreur en omettant de tenir compte de la preuve—Une fois que le parti politique (les soi-disant agents de persécution) eut perdu les élections, il n'existait plus de fondement objectif justifiant la crainte des demandeurs d'être persécutés à moins que les demandeurs ne fournissent une preuve contraire—Demande rejetée—Convention de Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1 Fa), b).

A.C. C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4678-02, 2003 CF 1500, juge Russell, ordonnance en date du 19-12-03, 26 p.)

CODE CIVIL

Appel par Newcourt Financial Ltd. (l'appelante) à l'encontre d'une décision rendue par le juge Martineau ((2002), 228 F.T.R. 132 (C.F. 1^{re} inst.)) rejetant l'appel qu'elle avait logé à l'encontre de la décision préalable du protonotaire Morneau qui avait rejeté son opposition à une saisie-exécution pratiquée par la Couronne—Les faits à l'origine du litige remontent au défaut des Entreprises Forestières P.S. Inc. (la débitrice fiscale) de remettre au fisc les déductions prélevées sur les salaires versés à ses employés pour la période allant du 1^{er} février 1999 au 31 octobre 1999—Les remises devaient être effectuées en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu (LIR) et la Loi sur l'assurance-emploi (LAE)—C'est dans le but de recouvrer ces montants, de même que les pénalités et intérêts y afférents, que l'intimée a enregistré auprès de la Section de première instance un certificat selon l'art. 223(3) de la LIR établissant le montant de la créance fiscale de l'intimée—Un tel certificat vaut jugement—Forte de ce jugement, la Couronne saisit d'entre les mains de la débitrice fiscale le 17 mars 2000 une débardeuse à grappin Timberjack

CODE CIVIL—Suite

1997 (débardeuse) par bref de saisie-exécution émis dix jours auparavant—Au soutien de son opposition, l'appelante a invoqué l'art. 597 du Code de procédure civile (C.p.c.)—Elle a prétendu être devenue propriétaire de la débardeuse suite au délaissement volontaire de sa débitrice et sa prise en paiement de ce bien—Elle prétend que c'est à titre de propriétaire et non de créancier hypothécaire qu'elle s'est opposée à la saisie de la Couronne; que l'art. 604 du C.p.c. est donc inapplicable, et que le juge Martineau a erré en droit en tirant la conclusion contraire—Elle prétend que la prise en paiement du bien saisi était opposable à la Couronne malgré la fiducie présumée et c'est à tort que le protonotaire a jugé que le droit de la Couronne avait préséance sur le sien—Dans la mesure où la fiducie réputée lui était opposable, elle prétend que les arts. 227(4) et (4.1) de la LIR et les arts. 86(2) et (2.1) de la LAE sont inconstitutionnels puisque légiférant dans un domaine de juridiction exclusive des provinces, soit celui de la propriété et les droits civils—C'est à bon droit que le juge Martineau a conclu que l'opposition de l'appelante était irrecevable—L'art. 227(4.1) de la LIR n'a pas l'effet que lui a attribué le protonotaire—Cette disposition confère à Sa Majesté une priorité absolue sur le produit découlant des biens assujettis à la fiducie réputée et prévoit à cette fin que Sa Majesté a un intérêt continu dans ces biens tant qu'ils sont assujettis à la fiducie—Mis à part le droit qui est conféré à Sa Majesté de suivre ces biens et de recevoir en priorité le produit qui en découle, le propriétaire demeure maître de son bien—Le droit de bénéficiaire invoqué par la Couronne ne permettait pas au protonotaire de rejeter l'opposition de l'appelante—En ce qui a trait à la décision du juge Martineau, l'appelante prétend être devenue propriétaire de la débardeuse le 16 avril 2000, soit 20 jours après l'inscription du préavis, avec effet rétroactif au 27 mars 2000, date de cette inscription—Ainsi, le 17 mars 2000, jour de la saisie pratiquée par l'intimée, l'appelante n'était toujours pas propriétaire du bien—Face à cet état de fait, et après avoir cité l'art. 604 C.p.c., le juge Martineau a conclu que l'appelante ne pouvait se prévaloir de l'art. 597 C.p.c. pour revendiquer le bien—L'effet incontournable de l'art. 604 C.p.c. est d'empêcher tout créancier, incluant le créancier hypothécaire, de s'opposer à la saisie—Or, permettre à un créancier hypothécaire de prendre en paiement un bien déjà assujetti à une saisie viderait cette disposition de tous ses effets utiles—L'appelante n'a pas démontré que le juge Martineau a eu tort de conclure qu'elle ne pouvait s'opposer à la saisie de la débardeuse—Finalement, le premier juge a senti le besoin de remettre en question la bonne foi de l'appelante—Or, l'appelante insiste avoir agi de bonne foi—Pourtant, l'appelante ne pouvait dans l'affidavit du 13 avril 2000 affirmer être propriétaire du bien saisi puisqu'elle ne l'était pas au moment de la signature de l'affidavit—Cette représentation n'est pas rendue moins fautive du fait que l'appelante serait par la suite devenue propriétaire du bien saisi avec effet rétroactif au 27 mars 2000—Au moment du

CODE CIVIL—Fin

serment, l'affirmation était fautive et cet état de fait demeure inchangé—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 223(3) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 129), 227(4) (mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 226), (4.1) (édicte, *idem*)—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 86 (mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 266; 2001, ch. 4, art. 77)—Code de procédure civile du Québec, L.R.Q., ch. C-25, art. 597, 604.

ENTREPRISES FORESTIÈRES P.S. INC. C. NEWCOURT FINANCIAL LTD. (A-529-02, 2004 CAF 91, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 5-3-04, 21 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

La demanderesse a été constituée en 1993 pour surveiller la mise en œuvre de l'Accord entre les Inuit de la région du Nunavut et Sa Majesté la Reine du chef du Canada—L'Accord établissait le Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut (le CGRFN)—La demanderesse soutient que les membres du CGRFN sont sous-payés, en contravention de l'Accord, qui prévoit qu'ils doivent recevoir une «rémunération juste et raisonnable»—Elle affirme que le refus du Bureau du Conseil privé (le BCP) de reclassifier le CGRFN, reclassification qui aurait entraîné une augmentation du tarif quotidien de ses membres, équivaut à une violation de l'Accord—La rémunération que reçoivent les membres du CGRFN résulte de cinq types d'instruments: une loi, un accord de mise en œuvre, un contrat, des décrets et un ensemble de lignes directrices—L'art. 12 de la Loi concernant l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut (la Loi), dit que la rémunération des membres du CGRFN est fixée par le gouverneur en conseil—Les lignes directrices qu'applique le BCP pour les offices fédéraux ne mentionnaient pas expressément le CGRFN jusqu'à leur révision en 2000—Le CGRFN a été inscrit comme organisme de la catégorie IV—Son président a par la suite demandé au BCP de revoir selon les lignes directrices la classification du CGRFN—Après examen, le BCP a conclu que le CGRFN était classifié correctement—La demanderesse affirme que le refus du BCP de reclassifier le CGRFN est une «décision» qui est sujette à contrôle judiciaire—La Cour a compétence pour revoir «toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral» agissant selon les pouvoirs prévus par une loi fédérale: Art. 18.1(3)*b*) de la Loi sur les Cours fédérales—Ce rôle va au-delà des décisions au sens strict et comprend l'examen d'une grande diversité d'actions administratives qui ne sont pas pour autant des «décisions ou ordonnances», par exemple les règlements, rapports ou recommandations relevant de pouvoirs légaux, les énoncés de politique, lignes directrices et guides, ou l'une quelconque des formes multiples que peut prendre l'action administrative dans la prestation d'un programme public par un organisme public

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE—Suite

—L'action administrative que l'on veut faire réformer doit cependant découler d'un pouvoir prévu par la loi—Il n'est pas nécessaire que le décideur exerce un pouvoir officiel particulier, mais il doit au minimum avoir selon la loi des pouvoirs susceptibles de modifier les droits et intérêts d'autrui—Si l'on suppose que le refus du BCP de reclassifier le CGRFN modifiait les droits et intérêts des membres du conseil, sa conduite n'était pas rattachée à un pouvoir officiel—Le seul organe ayant un pouvoir officiel en ce qui a trait à la rémunération des membres du CGRFN est le gouverneur en conseil agissant en vertu de l'art. 12 de la Loi—Le BCP a développé des lignes directrices générales sur la rémunération, il a examiné la question de la classification du CGRFN et finalement il a conclu que sa classification était juste—Sa décision de ne pas proposer au gouverneur en conseil de modifier la rémunération des membres du CGRFN n'était pas sujette à contrôle judiciaire, parce qu'elle n'avait pas été prise dans l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi—Pour le cas où la Cour ferait fausse route, alors elle examine le bien-fondé de la demande—La demanderesse invoque trois moyens qui selon elle justifient l'intervention de la Cour—D'abord, le lien entre la conduite reprochée (la non-reclassification du CGRFN) et la présumée violation de la Constitution (négarion de droits ancestraux) est mince—Il n'apparaît pas qu'il y a eu violation effective de l'Accord—Il n'y a pas eu violation de la Constitution—Deuxièmement, la demanderesse dit que le BCP a manqué aux règles de la justice naturelle parce qu'il a tenu compte de facteurs hors de propos, et elle affirme que le CGRFN était en droit de s'attendre à ce que la décision de le reclassifier ou non soit fondée uniquement sur les lignes directrices—La doctrine de l'expectative légitime n'est pas ici applicable—Le BCP a donné au CGRFN l'occasion de s'exprimer sur la rémunération de ses membres—Quant à la présumée violation d'un engagement de consulter le CGRFN, une hypothèse de planification insérée dans le contrat de mise en œuvre n'établit pas une obligation contraignante—Le procès-verbal de la réunion du Comité de mise en œuvre du Nunavut était ambigu—Aucun de ces deux documents ne renfermait une promesse expresse de consultation—Le BCP avait déjà donné pleinement l'occasion au CGRFN de s'exprimer sur cette question, et le CGRFN ne l'a pas saisie—Troisièmement, la demanderesse dit que le BCP a commis deux erreurs de fait—Même si le BCP avait commis une erreur sur la catégorie à laquelle le CGRFN avait été assigné à l'origine, il était fondé à dire que la rémunération de ses membres devait dès lors correspondre à la catégorie IV, c'est-à-dire que l'erreur qu'a pu commettre le BCP ne modifiait pas nécessairement la rémunération des membres du CGRFN—Finalement, la demanderesse soutient que le BCP a commis une erreur parce qu'il n'a pas traité le CGRFN sur le même pied que des offices semblables qui ont été élevés à la catégorie II—Selon les lignes directrices du BCP, la classification d'un office est le produit de trois critères—Le

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE—Fin

BCP a appliqué ces critères, il a consulté les fonctionnaires du ministère des Affaires indiennes et du Nord et il est arrivé à la conclusion que le CGRFN devrait figurer dans la catégorie IV—Il n'y a aucune erreur sérieuse dans l'approche adoptée par le BCP—Demande rejetée—Loi concernant l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut, L.C. 1993, ch. 29, art. 12—Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(3)b) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

NUNAVUT TUNNGAVIK INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-791-02, 2004 CF 85, juge O'Reilly, jugement en date du 26-1-04, 17 p.)

DROIT ADMINISTRATIF**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre déterminant qu'il faudrait ajouter aux descriptions d'emploi des éléments pour couvrir l'effort physique, la santé et sécurité et aussi la collaboration occasionnelle ou étroite avec des employés de laboratoire—Demande rejetée pour trois motifs—En premier lieu, la simple omission de mentionner dans la décision certains éléments de preuve ne constitue pas un manquement aux principes de justice naturelle ou d'équité procédurale—Il n'existe aucune obligation légale de faire état dans la décision de chaque éléments de preuve—Deuxièmement, dès qu'il existe une preuve supportant les conclusions de fait tirés par l'arbitre, la Cour n'a pas à se prononcer sur l'appréciation de cette preuve, et ce, en dépit du fait que la Cour serait peut-être arrivée à une conclusion différente—Ici, les conclusions de l'arbitre s'appuient raisonnablement sur la preuve—Troisièmement, les réserves que la Cour peut avoir quant à certains aspects secondaires du raisonnement de l'arbitre ne justifient pas ici l'annulation de la décision—Demande rejetée.

JARVIS C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (T-1659-01, 2004 CF 300, juge Martineau, ordonnance en date du 27-2-04, 7 p.)

FONCTION PUBLIQUE

Contrôle judiciaire d'une décision de la déléguée de l'administrateur général pour le règlement des griefs de classification, Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la déléguée de l'administrateur général), par laquelle elle a rejeté le grief des demandeurs et a approuvé la recommandation du Comité d'examen des griefs de classification (le Comité)—Les demandeurs sont constitués de 27 membres de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui travaillent dans

FONCTION PUBLIQUE—Suite

différentes régions géographiques du Canada—Les demandeurs portaient anciennement le titre d'arbitres—En janvier 2002, ils ont déposé un grief auprès de leur employeur, le Conseil du Trésor, lequel grief avait trait à la classification de leurs postes—Ils ont prétendu que la classification de leurs postes était erronée et ont demandé que leurs postes soient reclassés à la hausse, passant du groupe et niveau PM-05 au groupe et niveau PM-06—Le grief a été traité comme grief collectif car tous les demandeurs occupent le même poste et sont classés dans le même groupe et niveau et sont également membres du Syndicat de l'emploi et de l'immigration du Canada (SEIC), une section de l'Alliance de la fonction publique du Canada—Le Comité a accordé 719 points aux demandeurs, deux points de moins que les 721 points requis pour qu'ils soient reclassés au groupe et niveau PM-06—Le devoir d'agir équitablement s'applique au processus de règlement des griefs de classification et la décision du délégué de l'administrateur général de suivre une recommandation du Comité peut être annulée par la Cour au motif que le Comité n'a pas accordé une audience équitable au plaignant—La teneur de l'obligation d'agir équitablement, compte tenu du processus de règlement des griefs de classification et de la nature des intérêts affectés, se situe du côté d'une moindre exigence—Quant à la participation d'une personne visée par une décision, la Cour suprême a jugé, dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, qu'une personne doit avoir une occasion valable de faire valoir ses arguments—Afin d'apprécier le contenu de l'obligation d'équité procédurale dans un contexte administratif particulier, *Baker* mentionne une liste non exhaustive de cinq facteurs à considérer—Les demandeurs ont soulevé des arguments convaincants selon lesquels l'audience du Comité n'a pas été tenue d'une manière qui leur aurait donné pleinement l'occasion de faire valoir leurs arguments—À la lumière de l'ensemble des cinq facteurs énumérés dans *Baker*, chacun des manquements à l'équité procédurale sont examinés—1) Quant à l'absence de traduction simultanée, le Comité a commis une erreur en n'ayant pas vu à ce qu'une certaine forme de services de traduction aient été fournis au cours de l'instance—Le refus de fournir des services de traduction dans les circonstances a réduit la capacité des demandeurs de participer pleinement à l'audience—Bien que les demandeurs pouvaient demander qu'un représentant parle à leur place ou en leur nom et que les demandeurs auraient dû savoir avant l'audience que l'un de leurs représentants syndicaux ne ferait valoir ses arguments qu'en français, ces considérations ne l'emportent pas sur l'obligation du Comité de tenir une audition équitable de telle sorte que les plaignants qui avaient choisi de participer auraient pu le faire d'une manière significative—2) Les contraintes de temps imposées lors de l'audience semblent avoir nuit à la capacité des demandeurs de faire valoir leurs arguments d'une manière complète et équitable—3) La

FONCTION PUBLIQUE—Suite

défenderesse n'a déposé aucune preuve pour expliquer pourquoi elle avait consenti à fournir des services de téléconférence, aux frais des demandeurs, à l'audience initialement prévue pour juillet 2002, puis avait ensuite refusé ces services pour la nouvelle audience—Ce manque d'explication est troublant—Un décideur administratif, comme le Comité en l'espèce, n'opère pas en vase clos et les demandeurs méritaient certaines explications quant à savoir pourquoi un support de conférence n'avait pas été fourni lors de cette nouvelle audience—4) Le Comité aurait dû donner aux demandeurs l'occasion d'examiner et de répondre aux renseignements fournis par la direction—Un plaignant dans le cadre du processus du règlement des griefs de classification doit se voir accorder l'occasion de répondre à des renseignements ou à une question qui jouent, de l'avis du Comité, un rôle crucial dans le règlement du grief, mais que le plaignant ne croyait pas litigieux et qu'il ne s'attendait donc pas à voir surgir ni à traiter—Compte tenu de la preuve non réfutée en l'espèce, les renseignements fournis par la direction jouaient un rôle crucial dans le règlement du grief—5) Enfin, les demandeurs ont souligné que le rapport du Comité ne comportait aucune analyse ou observation quant à leurs arguments portant sur un présumé principe de classification non écrit selon lequel un employé subalterne ne devrait jamais être classé au même groupe et niveau que son supérieur—Le Comité n'a pas traité des arguments présentés par les demandeurs quant à cette question si ce n'est que déclarer que le contexte organisationnel des postes a toujours fait partie intégrale du processus de classification du groupe professionnel PM et ne pouvait être ignoré—Cela ne donne aucune réponse à la question principale soulevée par le grief des demandeurs, à savoir que la notion selon laquelle deux postes au sein d'un organisme dont l'un est subalterne par rapport à l'autre ne peuvent être classés au même niveau, ne devrait pas être appliquée comme règle obligatoire au sein du processus de règlement des griefs de classification et, plus particulièrement, ne devrait pas s'appliquer à leur cas—Le rapport du Comité aurait dû comprendre une analyse mentionnant les différences entre les postes faisant l'objet d'un grief et les postes de référence suggérés—Les motifs de la décision faisant l'objet du contrôle sont insuffisants et donc, l'équité procédurale n'a pas été respectée—Demande accueillie.

LAPOINTE C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (T-700-03, 2004 CF 244, juge Mosley, ordonnance en date du 18-2-04, 26 p.)

PROCÉDURE DE SÉLECTION*Principe du mérite*

Contrôle judiciaire d'une décision du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique rejetant l'appel du

FONCTION PUBLIQUE—Fin

demandeur relatif aux nominations proposées à un poste de conseiller aux comités—Le demandeur a allégué que le niveau de compétence en français de la présidente du comité de sélection était insuffisant pour pouvoir évaluer sa candidature—Est-ce que le Comité d'appel a erré en concluant que le principe du mérite a été respecté quand le jury a été changé pour l'entrevue du demandeur?—Celui-ci a prétendu qu'un membre du jury ne pouvait communiquer en français, ce qui a eu l'effet de violer le principe du mérite parce qu'il n'a pas été évalué de la même façon que les autres candidats—La législation et la jurisprudence ont clairement établi que tous les membres du jury doivent avoir une connaissance qui soit suffisante pour permettre une communication efficace avec le candidat dans la langue officielle dans laquelle il désire être évalué—Le Comité d'appel a erré en trouvant que le jury a respecté le principe du mérite même si la composition du jury a été changée pour l'entrevue du demandeur—Cette Cour a établi que pour que le principe du mérite soit respecté, le jury doit évaluer et classer tous les candidats de façon uniforme—Le jury ne peut être composé de différents membres pour interviewer différents candidats sans violer le principe du mérite—Absence de preuve que le membre du jury qui a été remplacé a communiqué avec son remplacement pour s'assurer que leurs critères d'évaluation des candidats étaient semblables—Par conséquent, le jury a violé le principe du mérite parce que le demandeur n'a pas été évalué de la même façon que les trois autres candidats—Demande accueillie—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33.

ALI C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1027-03, 2004 CF 592, juge Shore, ordonnance en date du 22-4-04, 18 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**PÉNALITÉS**

Trois demandes de contrôle judiciaire faisant l'objet d'une audition commune—Motifs disposant des trois dossiers—Contrôle judiciaire de la décision de la Cour canadienne de l'impôt qui a annulé les pénalités imposés aux défendeurs en vertu de l'art. 163(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu (Loi) au motif que le geste posé relève de l'irréflexion, de l'inconscience ou de l'erreur de jugement et non de l'intention coupable—La juge a omis de considérer la notion de faute lourde qui peut découler de l'aveuglement volontaire de son auteur—Même l'intention coupable peut s'établir par une preuve d'aveuglement volontaire—En l'espèce, il y a fausses déclarations et paiement de ristournes—Avant d'encaisser les chèques de remboursement, les défendeurs ont soit été mis au courant des fausses déclarations, soit eu de forts soupçons

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

quant à l'existence de fausses déclarations ou à la légitimité des remboursements eux-mêmes—En encaissant les remboursements et en versant des ristournes, les défendeurs ont acquiescé et participé au stratagème mis en place pour frauder l'Agence des douanes et du revenu du Canada—Leur participation, libre et volontaire, était un chaînon essentiel à la réalisation dudit stratagème et ils en ont retiré un avantage économique—Impossible de ne pas conclure à l'aveuglement volontaire et, conséquemment, à une faute lourde—Demandes accueillies—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 163(2) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. VII, art. 17).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. VILLENEUVE (A-26-03, A-27-03, A-29-03, 2004 CAF 20, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 20-1-04, 4 p.)

PRATIQUE

Appel interjeté contre la décision par laquelle un juge de la Cour canadienne de l'impôt s'est attribué une compétence inhérente d'annuler le rejet d'un appel survenu à la suite du dépôt d'un avis de désistement effectué sur la foi d'un avis erroné—Depuis le prononcé de cette décision, la présente cour a statué, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Scarola*, [2003] 4 C.F. 645, qu'il n'existe aucune compétence inhérente de ce genre compte tenu de l'art. 16.2(2) de la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt—La question est de savoir si la décision rendue dans l'arrêt *Scarola*, s'applique aux faits de la présente affaire, qui se rapporte à une cotisation secondaire établie conformément à l'art. 160 de la Loi de l'impôt sur le revenu (la Loi) et, dans le cas où l'arrêt *Scarola* s'applique, si l'intimée peut invoquer les pouvoirs de redressement conférés au juge de la Cour canadienne de l'impôt en vertu de l'art. 172 des Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale) (les Règles)—Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a supposé qu'il possédait une compétence inhérente en vue de rétablir un appel qui avait par erreur été abandonné—Il a fait une distinction à l'égard d'un arrêt qui se rapportait à une cotisation directe visant le contribuable: *Bogie c. Canada* (1998), 98 DTC 6679 (C.A.F.)—Le juge Létourneau, J.C.A. (le juge Evans, J.C.A., souscrivant): aucun motif valable permettant de faire une distinction à l'égard de l'arrêt *Bogie*—Les conclusions de l'arrêt *Scarola* sont examinées—L'arrêt *Scarola* traitait d'une question identique à celle qui est ici soulevée et s'applique donc en l'espèce—La question est de savoir si les pouvoirs correctifs prévus à l'art. 172 des Règles permettraient au juge de la Cour canadienne de l'impôt d'annuler le jugement de rejet—En vertu de l'art. 172(2)a), un jugement de rejet peut être annulé s'il a été obtenu par la fraude ou sur la base de faits survenus ou découverts après que le jugement a été rendu—L'intimée allègue que le rejet de son appel était attribuable à une erreur qu'elle avait elle-même

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

commise au sujet de l'obligation fiscale de son conjoint—De toute évidence, il ne s'agissait pas d'un fait survenu après le prononcé du jugement—Il ne s'agissait pas d'un fait qui n'aurait pas pu être découvert plus tôt si l'on avait fait preuve d'une diligence raisonnable—Contrairement à ce que le juge de la Cour canadienne de l'impôt a dit, il ne s'agissait pas de savoir si la contribuable avait fait preuve d'une diligence raisonnable en déterminant l'état des choses pour ce qui est de l'obligation fiscale de son conjoint, mais plutôt de savoir si, en faisant preuve d'une diligence raisonnable, elle pouvait déterminer l'état de ses propres affaires pour ce qui est de son obligation fiscale—Les actes de procédure étaient clos et l'audience devait avoir lieu lorsque l'intimée a demandé à son avocat de déposer un avis de désistement—L'intimée a été négligente en omettant de vérifier la position de l'autre partie—Appel accueilli—Le juge Décary, J.C.A. (motifs concourants)—Il importe peu que le juge de la Cour canadienne de l'impôt ait cru posséder une compétence inhérente ou se soit fondé sur une compétence d'origine législative si, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le juge a appliqué les principes applicables aux requêtes fondées sur l'art. 172 des Règles—Le juge de la Cour canadienne de l'impôt n'a pas commis d'erreur en faisant une distinction à l'égard de l'arrêt *Bogie*—Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé d'une façon plus libérale en faveur du contribuable lorsqu'une cotisation secondaire est en cause en vertu de l'art. 160 de la Loi—Lorsque le contribuable «secondaire» se désiste d'un appel se rapportant à sa propre responsabilité en se fondant sur des renseignements qu'il obtient du contribuable «primaire», le fait qu'il découvre en fin de compte que les renseignements obtenus sont erronés peut, dans certaines circonstances, être suffisant pour permettre la réouverture du dossier en vertu de l'art. 172(2) des Règles—Tant que la responsabilité primaire est encore en litige et existe encore dans le système judiciaire, le caractère définitif des décisions et l'administration efficace de la justice (soit les deux questions fondamentales identifiées dans l'arrêt *Scarola*) sont beaucoup moins compromis—Mais le juge de la Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur en déclarant que le concept de confiance des conjoints réduisait à rien la nécessité de l'exercice d'une diligence raisonnable—Le fait qu'elle a fait preuve d'une diligence raisonnable est le principal facteur qui entre en jeu lorsqu'une partie allègue des faits qui sont survenus ou ont été découverts après que le jugement a été rendu—On ne saurait omettre de tenir compte de cela en se fondant sur la relation qui existe entre deux contribuables—On ne saurait faire preuve d'une diligence raisonnable en se fiant aux déclarations de son conjoint ou en se fondant simplement sur la conviction que l'affaire a été réglée—Loi sur la Cour canadienne de l'impôt, L.R.C. (1985), ch. T-2, art. 16.2(2) (édité par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 51, art. 5)—Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale), DORS/90-688, art. 172 (mod. par

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

DORS/96-503, art. 4)—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 160.

CANADA C. RUTLEDGE (A-796-00, 2004 CAF 88, juges Létourneau et Décary, J.C.A., jugement en date du 4-3-04, 14 p.)

INTERPRÉTATION DES LOIS

Conventions en matière d'impôts sur le revenu—Le contribuable était un résident de l'Irlande—Il a vendu des actions d'une société canadienne privée—Il a obtenu un certificat de décharge en vertu de l'art. 116 de la Loi après le paiement de 15 p. 100 du gain en capital imposable—Il a été cotisé au motif que l'impôt canadien était de 15 p. 100 du gain en capital total, plutôt que du gain en capital imposable—La Cour canadienne de l'impôt a conclu qu'une interprétation large sans égard à la Loi était appropriée puisque l'Art. VI de la Loi de 1987 sur la Convention entre le Canada et l'Irlande en matière d'impôt sur le revenu (le Traité) prévoit un taux d'imposition de 15 p. 100 sur le «revenu» sans aucune modification et sans donner à penser que le revenu est limité au revenu imposable—Il s'agit d'un appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt ([2003] 2 C.T.C. 2140) qui a défini le sens du mot «revenu» utilisé dans l'Art. VI(1) du Traité sans égard à la Loi de l'impôt sur le revenu (la Loi)—Le terme «revenu» dans l'Art. VI(1) du Traité signifie le gain en capital imposable et non le gain en capital—L'Art. 31(1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités (la Convention de Vienne) prévoit l'approche correcte pour l'interprétation d'un traité: un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire des termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but—L'Art. II(3) du Traité précise que les termes non définis dans le Traité ont le sens qui leur est donné par la législation interne, à moins que le contexte n'exige autrement—L'art. 3 de la Loi sur l'interprétation des conventions en matière d'impôts sur le revenu (LICIR) prescrit que le sens à donner à un terme qui se trouve dans un traité sera celui que la Loi lui donne, compte tenu de ses modifications, à moins que le contexte n'exige autrement—En ne tenant pas compte de l'art. 3 de la LICIR et de l'Art. II(3) du Traité, le juge de la Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur de droit—Considérées ensemble, ces deux dispositions conduisent à la conclusion que le mot «revenu» dans le Traité doit refléter le sens découlant des dispositions pertinentes de la Loi en 1997—Le «gain en capital imposable» tiré de la disposition d'un bien donné est déterminé par renvoi à l'art. 38*a*) de la Loi tel qu'il se lisait en 1997—Pour une personne qui ne réside pas au Canada, le calcul de l'impôt est déterminé par l'opération combinée des arts. 2(3) et 115(1)*b*)(iii) de la Loi—Ce n'est que la partie imposable du gain en capital provenant de la disposition du bien qui fait partie du «revenu imposable gagné au Canada» du non-résident—L'objectif fondamental de l'art. 9(3) de la

INTERPRÉTATION DES LOIS—Fin

Loi est d'assurer qu'un gain ou une perte en capital ne soit pas considéré, aux fins de l'impôt sur le revenu, comme un revenu ou une perte tiré d'une entreprise ou d'un bien—Il serait exagéré d'affirmer qu'il visait également à assurer que la partie exonérée d'un gain en capital soit considérée comme un revenu à certaines fins—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 2(3), 9(3), 38*a*) (mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 22) 115(1)*b*)(iii) (mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 132; 2001, ch. 17, art. 90)—Loi de 1967 sur la Convention entre le Canada et l'Irlande en matière d'impôt sur le revenu, S.C. 1966-67, ch. 75, ann. II, Art. II(3), VI(1)—Convention de Vienne sur le droit des traités, [1980] R.T. Can. n^o 37, Art. 31(1)—Loi sur l'interprétation des conventions en matière d'impôts sur le revenu, L.R.C. (1985), ch. I-4, art. 3.

BEAMEC. CANADA (A-59-03, 2004 CAF 51, juge Malone, J.C.A., jugement en date du 4-2-04, 13 p.)

PÉNITENCIERS

Par voie d'action simplifiée, le demandeur a poursuivi la défenderesse en responsabilité délictuelle par suite de deux événements s'étant déroulés respectivement le 29 mai 1998 et le 12 mai 1999 alors que le demandeur était détenu à l'établissement pénitentiaire à sécurité maximale de Donnacona—En ce qui a trait aux faits entourant l'événement du 12 mai 1999, la Cour a visionné l'enregistrement vidéo faisant état de l'entrée des agents dans la cellule du demandeur ainsi que des paroles et gestes qui ont alors été posés de part et d'autre—Le demandeur a affirmé ne pas avoir compris pourquoi les agents se sont présentés à sa cellule pour lui retirer le privilège d'utiliser la radio—Il a toutefois reconnu avoir été «tannant» avec sa radio et avoir été averti de baisser le volume—Le demandeur soutient que les agents correctionnels se seraient jetés sur lui pour le maîtriser en employant une force excessive et en faisant usage à outrance d'une bonbonne de poivre de cayenne alors que le demandeur n'offrait aucune résistance—Le directeur de l'établissement a noté que ses agents n'étaient pas casqués ou armés d'une façon extraordinaire—Relativement à la bonbonne de poivre de cayenne, il a indiqué que c'est une pratique normale que des agents aient en tout temps de telles bonbonnes sur eux—Relativement au visionnement de l'enregistrement vidéo, c'est avec justification que les agents se sont présentés à la cellule du demandeur—L'agent a interpellé le demandeur en le vouvoyant et en empruntant un ton, une attitude et des paroles non agressives invitant à la coopération—Une fois dans la cellule, les agents ont demandé au demandeur de s'éloigner vers le fond de la cellule—Plutôt que de se retirer, le demandeur a avancé quelque peu vers les agents en déclarant qu'il n'y aurait pas de saisie de sa radio—Dès cet instant, le demandeur a commencé à se placer dans une

PÉNITENCIERS—Suite

position fâcheuse à cause de son manque de coopération—Par la suite, les agents ont agi de manière raisonnable eu égard aux circonstances et la défenderesse via ses préposés n'a commis aucune faute à l'égard du demandeur relativement à quelque aspect de l'événement du 12 mai 1999—Relativement aux faits entourant l'événement du 29 mai 1998, alors que le demandeur quittait sa cellule pour se rendre à un cours, l'agent Lafontaine avisa le demandeur qu'il ne pouvait circuler en pantoufles et qu'il devait retourner à sa cellule pour changer de chaussures—Le demandeur refusa d'obtempérer et poursuivit son chemin—C'est alors qu'un autre agent indiqua au demandeur de rebrousser chemin vers sa cellule, ce que fit le demandeur—Lors de son retour, il recroisa l'agent Lafontaine et il posa un geste que les deux parties voient sous un jour fort différent—Le demandeur soutient avoir lancé les feuilles qu'il tenait en guise de simple geste de frustration et d'exaspération vu qu'il considérait qu'on lui faisait manquer un cours de formation pour une simple histoire de pantoufles—De son côté, l'agent a perçu le geste comme une tentative par le demandeur de la frapper—Ensuite, le directeur décida de placer le demandeur en isolement préventif pendant 14 jours—La défenderesse devait justifier cette mise en isolement préventif—La mise en isolement préventif ne peut s'effectuer de façon arbitraire et, à cette fin, elle est régie par les art. 31 à 37 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition—L'art. 31(2) de la Loi indique que le détenu en isolement doit être replacé le plus tôt possible parmi les autres détenus—C'est essentiellement en raison du fait que le demandeur maintenait sa version des faits que l'on garda ce dernier en isolement préventif—Cette position du demandeur ne justifie en rien son maintien en isolement préventif—La défenderesse ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de convaincre la Cour que l'isolement préventif était justifié—Le demandeur fut emprisonné de façon arbitraire et il a donc droit à des dommages-intérêts compensatoires et exemplaires—Quant aux dommages-intérêts compensatoires, en raison des inconvénients dont fait état le demandeur dans son affidavit et qui découlent de la période d'isolement préventif, il était raisonnable d'augmenter la somme à 3000 \$—C'est sur la base de l'affaire *Brandon c. Canada (Service correctionnel)* (1996), 131 D.L.R. (4th) 761 (C.F. 1^{re} inst.) que l'on doit déterminer le montant des dommages-intérêts exemplaires à attribuer—On doit évaluer si l'omission (le fait de ne pas avoir vérifié avec les agents ayant vécu l'événement si le geste du demandeur avait été posé en présence d'autres détenus) du gérant de l'unité du demandeur constitue une faute génératrice de responsabilité—La preuve ne démontre pas que le gérant de l'unité du demandeur a agi envers celui-ci avec malveillance ou dans un but illégitime dans le processus entourant la mise en accusation sous le régime de l'art. 40m) de la Loi—En l'espèce, on ne peut retenir de faute dans les faits entourant la mise en accusation—L'action du demandeur est accueillie en

PÉNITENCIERS—Fin

partie, la défenderesse est condamnée à payer au demandeur la somme de 3000 \$ à titre de dommages-intérêts compensatoires et la somme de 2000 \$ à titre de dommages-intérêts exemplaires—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 31, 32, 33 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 12), 34, 35, 36, 37, 40m).

GRENIER C. CANADA (T-954-01, 2004 CF 132, protonotaire Morneau, jugement en date du 28-1-04, 32 p.)

POSTES

Le présent litige découle de la grève postale de 1997 déclenchée par le défendeur—Le Parlement avait adopté une loi de retour au travail peu de temps après que la grève eut éclaté—En vertu de la Loi de 1997 sur le maintien des services postaux (la Loi), la Couronne engage maintenant un procès dans le but de recouvrer les frais qui auraient été engagés aux étapes de l'arbitrage et de la médiation que la loi sur le retour au travail ordonnait—La loi comportait des dispositions qui rendaient la médiation et l'arbitrage obligatoires pour les deux parties—Tel que prévu à l'art. 15 de la Loi, les frais de médiation-arbitrage doivent être divisés à parts égales entre les parties—La Couronne a réussi à obtenir le paiement de la Société canadienne des postes, mais le syndicat défendeur refuse de payer pour deux motifs—Premièrement, le défendeur affirme qu'il n'y a aucune preuve que l'arbitre avait obtenu l'approbation du ministre pour retenir les services des avocats à titre de conseillers techniques, comme l'exige l'art. 8(4) de la Loi—Cet argument est sans fondement—Le médiateur-arbitre nommé a attesté par écrit qu'il avait obtenu l'approbation du ministre avant de retenir les services des conseillers techniques—L'allégation selon laquelle il aurait été impolitique ou dangereux pour le syndicat de contester la décision de l'arbitre de retenir les services de ces conseillers ne tient pas debout, surtout quand on sait que deux demandes ont été présentées à la Cour pendant le cours de la médiation et de l'arbitrage à l'encontre de certaines décisions prises par l'arbitre—Le deuxième motif est basé sur le prétendu non-respect de l'art. 34 de la Loi sur la gestion des finances publiques (LGFP)—L'art. 34 ne s'applique pas en l'espèce—L'arbitre, un juge d'une cour supérieure, n'est pas fonctionnaire ou membre de la fonction publique du Canada et les dépenses qu'il a engagées n'ont aucun lien avec la fonction publique du Canada—Le défendeur n'a présenté aucun élément de preuve sérieux qu'il y a eu infraction à la LGFP—La Couronne n'avait aucune obligation fiduciaire envers le défendeur—Il n'y a obligation fiduciaire que si une personne peut exercer un pouvoir discrétionnaire—La Couronne n'avait aucun pouvoir discrétionnaire quant au paiement des comptes dûment

POSTES—Fin

approuvés et certifiés—Paiement par le défendeur à la Couronne du montant réclamé est ordonné—Loi de 1997 sur le maintien des services postaux, L.C. 1997, ch. 34, art. 8, 15—Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 34 (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 13).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. LE SYNDICAT DES TRAVAILLEURS ET DES TRAVAILLEUSES DES POSTES (T-626-01, 2004 CF 153, juge Hugessen, ordonnance en date du 30-1-04, 9 p.)

PRATIQUE**AFFIDAVITS**

Appel par Apotex Inc. (Apotex) d'une ordonnance du protonotaire—L'ordonnance fait suite à une requête introduite par les demandeurs en vue de faire radier tout ou partie de 10 des 14 affidavits déposés par Apotex—Apotex prétend que le protonotaire a commis une erreur de droit en ne suivant pas la jurisprudence de la Cour relative à la radiation d'affidavits dans le cadre d'une procédure interlocutoire et la jurisprudence portant que l'art. 7 de la Loi sur la preuve au Canada limite le nombre de témoins experts à cinq au total plutôt qu'à cinq par question—Le protonotaire a commis une erreur de droit en ignorant et en ne suivant pas la décision *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.* (1997), 73 C.P.R. (3d) 371 (C.F. 1^{re} inst.)—Il n'avait aucune raison valable de ne pas appliquer *Eli Lilly*—Appel accueilli—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 7.

MERCK & CO., INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-568-03, 2003 CF 1511, juge Heneghan, ordonnance en date du 22-12-03, 6 p.)

COMMUNICATIONS DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE*Production de documents*

La demanderesse demande une ordonnance enjoignant la défenderesse à modifier son affidavit de documents dans le but d'y inclure certains documents et en vertu des règles 240 et 244 des Règles de la Cour Fédérale (1998) (Règles), d'obliger la défenderesse à fournir de l'information suite à un contre-interrogatoire d'une représentante de celle-ci, le tout conformément à la règle 369—La demanderesse prétend que les documents sont pertinents pour les fins du litige tandis que la défenderesse prétend le contraire—La demanderesse a été arrêtée pour excès de vitesse par un agent de la Gendarmerie Royale du Canada (GRC) au Nouveau-Brunswick—Malgré sa demande, la GRC n'a pas fourni les services en langue française—Le présent litige implique-t-il toutes les institutions du gouvernement et Parlement du Canada (institutions)

PRATIQUE—Suite

opérant au Nouveau-Brunswick ou encore n'implique-t-il que la GRC?—La pertinence d'un document s'évalue en fonction des procédures—Ici, la demanderesse a fait cinq demandes de documents—Selon la Cour, les demandes 1, 2 et 4 ne sont pas pertinentes et les demandes 3 et 5 le sont—De plus, la demanderesse demande d'obliger la défenderesse à fournir de l'information lors de l'interrogatoire préalable—Il est reconnu par la jurisprudence que lors d'un interrogatoire au préalable, l'approche est moins formaliste que lors d'un procès et que l'objectif est de permettre aux parties de s'enquérir de l'existence de faits et d'en évaluer la pertinence—Toutefois, il faut que ces demandes soient reliées aux faits relatés dans les procédures—Ici, la demande concerne les discussions ayant comme sujet le rapport de la Commissaire aux langues officielles entre des représentants de la GRC et des gens à l'extérieur de la GRC (en autant que limité au Secrétariat du Conseil du Trésor) apparaît pertinent—De plus, le Secrétariat du Conseil du Trésor joue un rôle important quant à l'application des obligations découlant de la Loi sur les langues officielles et de ses règlements et il est admis en preuve que la GRC a contacté le Secrétariat au sujet du présent dossier—Demande de fournir l'information écrite autorisé mais les discussions externes sont limitées à celles entre le Secrétariat du Conseil du Trésor et la GRC—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 240, 244, 369—Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31.

PAULIN-KAÏRÉ C. CANADA (T-490-02, 2004 CF 296, juge Noël, J.C.A., ordonnance en date du 27-2-04, 8 p.)

GESTION DES INSTANCES*Examen de l'état de l'instance*

La demanderesse a présenté des matchs de boxe à Montréal, dont elle a diffusé la cassette son et image pour visionnement à la carte—Elle a allégué que divers établissements avaient illégalement montré les matchs de boxe sans payer la redevance prévue—Elle a poursuivi pour présumée contre-façon de son droit d'auteur ceux qui ont refusé de payer—La demanderesse a choisi de faire porter son attention sur la première de quatre actions, en s'activant pour mettre l'affaire en état—Cependant, après avoir déposé des réponses aux défenses dans les trois autres actions, elle n'a rien fait jusqu'au jour où elle a reçu des avis d'examen de l'état des instances—La demanderesse a répondu aux avis, ainsi que l'ont fait certaines défenderesses—S'agissant des défenderesses qui se sont manifestées, le protonotaire a rejeté pour cause de délai les actions engagées contre elles—La demanderesse a fait appel de ces ordonnances—Certaines des autres défenderesses ont déposé des demandes en vue d'être autorisées à produire des réponses tardives aux avis d'examen

PRATIQUE—Suite

de l'état des instances, en espérant que les actions engagées contre elles seraient elles aussi rejetées—La difficulté dans le cas présent, c'est que la demanderesse n'a pas été franche avec les défenderesses, n'a pas proposé une suspension des procédures et n'a jamais demandé de directives à la Cour—La Cour a appliqué le critère exposé dans l'affaire *Baroud c. Canada* (1998), 160 F.T.R. 91 (C.F. 1^{re} inst.), un critère qui concerne la manière dont le pouvoir discrétionnaire prévu par la règle 382 des Règles de la Cour fédérale (1998) devrait être exercé à l'issue d'un examen de l'état de l'instance—Ici, les délais sont comptés en mois, non en années, et les raisons du délai sont acceptables, encore qu'à la limite—Les défenderesses allèguent un préjudice en affirmant que, à cause des délais, il pourrait leur être difficile de suivre la trace de leurs témoins—Dans l'affaire *Allen v. McAlpine (Sir Alfred) & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All. E.R. 543, la Cour d'appel anglaise avait indiqué que le pouvoir discrétionnaire de rejeter une action pour délai injustifié ne devrait pas être exercé sans que le demandeur ait eu la possibilité de remédier à son omission, à moins que le tribunal ne soit d'avis que l'omission était intentionnelle et insolente, ou que le délai inexorable dont le demandeur ou ses avocats sont responsables est tel qu'il y a lieu de craindre qu'un procès équitable des points litigieux ne sera pas possible à la date la plus rapprochée à laquelle, par suite du délai, l'action serait jugée si elle était autorisée à suivre son cours—Les circonstances d'un examen de l'état de l'instance entrepris à l'initiative de la Cour diffère quelque peu du cas où un défendeur sollicite le rejet d'une action pour délai injustifié, mais un tel raisonnement est instructif—Les actions dont il s'agit ici n'auraient pas dû être rejetées aux premiers avis d'examen de l'état des instances—Les actions en question devraient suivre leur cours en tant qu'instances à gestion spéciale—Appel accueilli—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 382.

INTERBOX PROMOTION CORP. C. 9073-0433 QUÉBEC INC.
(T-1040-02, 2004 CF 144, juge Harrington, ordonnance en date du 29-1-04, 13 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES*Annulation ou modification*

Requête présentée par AstraZeneca Canada Inc. (AstraZeneca ou la demanderesse) en vue d'obtenir une ordonnance modifiant l'ordonnance de non-divulgence prononcée dans le dossier T-1446-93 (demande en vue d'interdire que le ministre délivre un avis de conformité à Apotex), afin de permettre que des renseignements visés par l'ordonnance de non-divulgence soient utilisés dans le cadre du dossier T-260-04 (demande en vue d'annuler l'avis de conformité délivré à Apotex), sous réserve de modalités applicables à la non-divulgence—Les requêtes se situent dans

PRATIQUE—Suite

le cadre d'un litige qui porte sur la marque Apo-Oméprazole d'Apotex de capsules d'oméprazole et de nombreux brevets concernés d'AstraZeneca—L'ordonnance de non-divulgence comportait plusieurs dispositions destinées à prévenir la divulgation et l'usage inopportuns des renseignements confidentiels d'Apotex—Les renseignements confidentiels produits conformément à cette ordonnance étaient censés avoir été remis à Apotex ou détruits au plus tard à la fin du mois de mai 1999—La demanderesse indique qu'elle a besoin des renseignements visés par l'ordonnance de non-divulgence du dossier T-1446-93 parce que ceux-ci sont pertinents dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire qu'elle a présentée au dossier T-260-04—Elle indique également que l'accès à ces renseignements n'entraînera aucun préjudice pour Apotex et que la décision de ne pas lui accorder la réparation demandée constituerait une parodie de la justice parce que cela permettrait à Apotex d'être à l'abri dans l'hypothèse où elle aurait utilisé différentes formulations en rapport avec les brevets concernés—En outre, elle affirme que les motifs d'opposition invoqués par Apotex ne devraient pas permettre de contrecarrer l'impérieux intérêt public et judiciaire qui commande que la Cour soit saisie des renseignements pertinents se rapportant à la formulation lors de l'instruction de la demande de contrôle judiciaire du dossier T-260-04—Les questions liées à la pertinence et au bien-fondé des réparations devraient être laissées à l'appréciation du juge saisi de la demande de contrôle judiciaire—*Smith, Kline and French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1989] 3 C.F. 540 (1^{re} inst.), conf. par (1997), 74 C.P.R. (3d) 165 (C.A.F.) résumant les principes juridiques applicables à ces requêtes—Existe-t-il, eu égard aux faits de l'espèce, un changement de circonstances ou une raison impérative qui justifie la modification de l'ordonnance de non-divulgence—La question concernant les différentes formulations constitue une raison suffisamment impérative pour justifier la modification de l'ordonnance de non-divulgence—Les changements dans les circonstances ne se rattachent pas tous, à proprement parler, à des questions qui opposaient les parties dans l'action aux fins de laquelle les renseignements confidentiels ont été fournis—Il ne s'agit pas non plus d'une situation entièrement nouvelle dans laquelle d'autres parties sont en cause; par ailleurs, la nature et l'historique du litige portant sur les brevets concernés permettent difficilement de séparer ou d'isoler les nombreuses actions de la manière proposée par Apotex—La décision *Smith, Kline and French Laboratories Ltd.* n'exclut pas les modifications même dans les cas où «le motif de la demande d'accès n'est aucunement reliée—et est [...] accessoire ou ultérieur—à l'action au cours de laquelle les documents sont produits et scellés» pourvu que les raisons pour modifier l'ordonnance soient «vraiment impératives»—Il ne s'agit pas ici d'une affaire dans laquelle un tiers demande un accès à des éléments de preuve pour un motif entièrement accessoire, mais plutôt du plus récent

PRATIQUE—Suite

épisode dans l'interminable litige qui oppose les parties, et dans lequel les renseignements du dossier T-1446-93 sont nécessaires pour que le juge saisi de la demande de contrôle judiciaire dans le dossier T-260-04 puisse régler l'importante question de savoir si Apotex s'est fondé sur différentes formulations relativement à l'oméprazole—Apotex a indiqué qu'en l'espèce, «la confiance dans l'intégrité du processus judiciaire» est en jeu—Cet enjeu commande que la Cour ait, dans le cadre du processus de contrôle judiciaire, un accès aux renseignements confidentiels et qu'elle puisse s'en servir—S'il en était autrement, Apotex bénéficierait d'une immunité pour se protéger des motifs de contestation invoqués par la demanderesse pour contester l'avis de conformité—Il s'agit d'une raison suffisamment impérative pour modifier l'ordonnance de non-divulgation.

AB HASSLE ET ASTRA PHARMA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-1446-93, 2004 CF 377, juge Russell, ordonnance en date du 12-3-04, 17 p.)

Jugement sommaire

Requête en jugement sommaire introduite par les défenderesses en vertu des règles 213 et 220 des Règles de la Cour fédérale (1998) dans le cadre de l'action intentée par Apotex pour obtenir des dommages-intérêts conformément à l'art. 8 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) (le Règlement)—L'art. 8, dans sa version actuelle, impute à la première personne (Merck) une responsabilité civile lorsqu'une cour rejette une demande d'interdiction préalablement accueillie—Apotex a intenté l'action visant l'obtention de dommages-intérêts relativement à la procédure d'interdiction sur le fondement de la version actuelle de l'art. 8 du Règlement et, subsidiairement, sur l'art. 8 tel qu'il existait avant les modifications de 1998—Apotex invoque aussi l'enrichissement sans cause de Merck à l'appui de sa demande de dommages-intérêts—Examen des principes applicables en matière de jugement sommaire—Le litige porte avant tout sur des questions d'interprétation relatives à l'ancien et au nouvel art. 8—Pour que la Cour rende la décision discrétionnaire prévue à la règle 216(2)b), il suffit que l'intimé fournisse des motifs convaincants expliquant pourquoi il est préférable de laisser le juge du procès trancher le point de droit—Il existe une lacune importante dans la preuve qui empêche de déterminer l'interprétation appropriée à donner aux dispositions—La preuve manquante a trait à l'intention et à l'objet du Règlement et au cadre législatif sous-jacent—Des preuves supplémentaires fournies par les défenderesses, des tiers et des fonctionnaires sont pertinentes pour trancher les questions en litige dans la présente affaire—Une bonne partie de la preuve sera contestée et est ainsi examinée à juste titre au procès—On ne devrait pas, par

PRATIQUE—Suite

jugement sommaire, empêcher Apotex de présenter cette preuve—Un procès est probablement nécessaire pour établir la preuve appropriée pour trancher les questions relatives à l'interprétation de l'art. 8 du Règlement—Premièrement, comme il existe une véritable question litigieuse, les défenderesses ne peuvent pas se prévaloir de la règle 216(1)—Deuxièmement, on gagnerait peu, pour ne pas dire rien, en tranchant ces points de droit sur le fondement d'un dossier incomplet—La requête est rejetée en ce qui concerne les deux questions relatives à l'interprétation de l'art. 8—La question de l'existence d'un recours en enrichissement sans cause est intimement liée à l'interprétation de l'art. 8—Une bonne partie de la preuve qui pourrait être produite au sujet du contexte du Règlement pourrait être aussi pertinente quant à la question de l'enrichissement sans cause—Par conséquent, il existe une véritable question litigieuse—Enfin, en ce qui concerne la demande visant à ce que les questions soient tranchées préalablement à toute instruction conformément à la règle 220(1), on ne gagnerait rien à ajouter une étape additionnelle à un processus déjà long—Il est préférable de statuer sur les questions d'interprétation législatives au terme d'un procès—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 213, 216, 220—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 8 (mod. par DORS/98-166, art. 8).

APOTEX INC. C. MERCK & CO., INC. (T-411-01, 2004 CF 314, juge Snider, ordonnance en date du 2-3-04, 24 p.)

OUTRAGE AU TRIBUNAL

Appel d'une ordonnance par laquelle le juge Lemieux ((2003), 231 F.T.R. 257 (C.F. 1^o inst.)) a conclu que l'appelante était coupable d'outrage au tribunal pour manquement à une ordonnance du juge Pinard—Après que l'appelante eut consenti au désistement d'une ordonnance Anton Piller prononcée par le juge Campbell, le juge Pinard a ordonné à l'appelante (demanderesse) de restituer sans délai aux défendeurs l'ensemble des marchandises et documents saisis auprès desdits défendeurs dans le cadre de l'exécution de l'ordonnance Anton Piller—Le juge Lemieux a statué que les marchandises n'avaient été restituées qu'un mois et dix jours après que l'appelante eut été mise au courant de l'ordonnance du juge Pinard—Il a donc conclu que l'appelante n'avait pas restitué les marchandises sans délai et avait commis un outrage au tribunal pour manquement à l'ordonnance du juge Pinard—Dans une ordonnance précédant la poursuite pour outrage au tribunal présentée devant le juge Lemieux, le juge Rouleau a ordonné à l'appelante d'expliquer pourquoi elle ne devrait pas être déclarée coupable d'outrage pour avoir omis sciemment et intentionnellement de remettre sans délai à la défenderesse après le 10 décembre 2002 les marchandises saisies auprès de

PRATIQUE—Fin

ladite défenderesse dans le cadre de l'exécution de l'ordonnance Anton Piller—Il n'y a aucune obligation de prouver l'intention de désobéir à une ordonnance d'un tribunal pour établir le bien-fondé d'une action pour outrage au tribunal en matière civile—L'emploi des mots avoir omis «sciemment et intentionnellement» de remettre les marchandises signifiait simplement que l'omission de l'appelante de remettre les marchandises ne pouvait être ni accidentelle ni involontaire—Rien n'exigeait que l'omission de remettre les marchandises soit motivée par l'intention de désobéir à l'ordonnance du juge Pinard—La conclusion du juge Lemieux selon laquelle l'appelante n'avait pas délibérément manqué à l'ordonnance du juge Pinard et avait simplement fait preuve de négligence à cet égard concernait l'appréciation de l'amende appropriée—Elle ne changeait rien au fait que l'appelante était au courant de son obligation en vertu de l'ordonnance du juge Pinard—Appel rejeté.

UNIVERSAL FOODS INC. C. HERMES FOOD IMPORTERS LTD.
(A-200-03, 2004 CAF 53, juge Rothstein, J.C.A.,
jugement en date du 3-2-04, 4 p.)

PREUVE

Demande d'ordonnance de la Cour conformément à l'art. 38.04(2)c) de la Loi sur la preuve au Canada autorisant deux membres actifs des Forces canadiennes à témoigner au procès criminel du demandeur—Le procureur général du Canada a demandé à la Cour de donner des directives conformément à l'art. 38.04(5) de la Loi—Par une ordonnance, le juge en chef adjoint Lutfy (tel était alors son titre) a ordonné que les deux témoins éventuels du demandeur soient interrogés par l'avocat du procureur général. Cet interrogatoire devait être fondé sur une liste de questions que le demandeur devait soumettre—Le procureur général s'est opposé à la divulgation d'une partie des renseignements parce que les passages expurgés risquaient de porter préjudice à la défense ou à la sécurité nationales, ou aux relations internationales—Le demandeur, un citoyen canadien, fait l'objet de graves accusations portées au criminel à la suite d'une prise d'otages qui a eu lieu en Bosnie en 1995, pendant qu'il était membre des Forces serbes—Il prétend que la preuve des deux témoins est nécessaire pour que le procès soit équitable car elle aidera le jury à mettre dans le contexte qui convient les événements qui ont abouti à la prise d'otages et l'événement lui-même—Comme les parties se sont entendus pour que le juge Blanchard examine les portions expurgées des transcriptions, il n'est donc pas nécessaires de suivre la procédure en deux étapes adoptée par le juge en chef Thurlow dans la décision *Goguen c. Gibson*, [1983] 1 C.F. 872 (1^{re} inst.); conf. par [1983] 2 C.F. 463 (C.A.)—Le juge Blanchard souscrit à l'avis du juge Hugessen dans la décision *Ribic c. Canada*, 2002 CFPI 290, [2002] A.C.F. n° 834 (QL), à savoir que *Goguen* n'établissait pas une règle de droit à suivre dans

PREUVE—Suite

chaque cas—Un juge désigné jouit d'un très large pouvoir discrétionnaire lorsqu'il décide s'il doit examiner les documents dont la communication est refusée avant de soupeser les intérêts rivaux, un processus exigé par la loi—Au cours de l'audience *ex parte*, un examen détaillé des portions expurgées des transcriptions a été mené afin de déterminer si leur divulgation au public, porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales—Une bonne partie des renseignements en cause se rapportent aux caractéristiques, aux capacités, au rendement, au déploiement éventuel, aux fonctions ou aux rôles des établissements de défense de forces, d'unités ou du personnel militaires sur le théâtre bosnien en 1995—Le caractère sensible de ces renseignements, dont un bon nombre sont encore fort pertinents à l'heure actuelle, exige que leur divulgation soit encore prohibée—Une partie fort importante des transcriptions expurgées se rapportent à des renseignements obtenus à titre confidentiel par le MDN à condition que ces renseignements ne soient pas divulgués au public car leur divulgation porterait préjudice aux relations internationales où à la défense ou à la sécurité nationales parce que la confiance qui doit exister parmi les alliés serait ébranlée et que, par conséquent, les alliés du Canada hésiteraient à partager des renseignements. De plus, la divulgation irait à l'encontre de l'entente conclue avec l'OTAN—En vertu de l'art. 38.06(2), la Cour doit déterminer si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation—Dans le contexte d'une affaire portant sur des accusations criminelles graves, comme c'est ici le cas, la question de savoir si les renseignements en question établissent probablement un fait crucial pour la défense est, de fait, un facteur important à prendre en considération—La nature de l'intérêt que l'on cherche à protéger; l'admissibilité et l'utilité des renseignements; leur valeur probante en ce qui concerne une question soulevée au procès; la question de savoir si le demandeur a établi qu'il n'existe pas d'autres moyens raisonnables d'obtenir les renseignements; la question de savoir si, en cherchant à obtenir la divulgation, le demandeur cherche à l'aveuglette des renseignements; la gravité des accusations ou des questions en jeu. Cette liste de facteurs n'est aucunement exhaustive—Les renseignements doivent être rangés en trois catégories: ils ne sont pas pertinents pour ce qui est d'une question soulevée au procès, ils sont pertinents mais ils n'ont pas à être divulgués, ils sont pertinents et ils doivent être divulgués—Dans quatre cas, la Cour ordonne que des résumés des extraits des transcriptions soient incorporés dans les transcriptions expurgées et qu'ils soient divulgués au demandeur à la place de ces extraits—En vertu de l'art. 38.06(2), la Cour peut autoriser la divulgation des renseignements sous la forme et aux conditions les plus susceptibles de limiter tout préjudice—Comme il n'y a pas de ligne de démarcation séparant facilement ce qui est autorisé de

PREUVE—Suite

ce qui ne l'est pas, il n'y a qu'une forme de divulgation qui est susceptible de limiter le préjudice porté à la défense ou à la sécurité nationales ou aux relations internationales: il s'agit d'ordonner aux deux témoins de ne pas déposer au sujet des renseignements que la Cour a examinés et de permettre la production en preuve de la version expurgée des transcriptions de leur interrogatoire au procès criminel du demandeur, que le juge du procès recevra comme si les deux témoins avaient déposé sous serment devant lui—Une telle ordonnance n'aura pas d'effet sur les règles normales de la preuve en matière d'admissibilité et l'appréciation faite par le juge Blanchard de la pertinence des renseignements ne liera pas le juge du procès—L'obligation de ne pas divulguer les renseignements de la défense continuera à s'appliquer jusqu'à la fin du procès du demandeur et jusqu'à l'expiration de tous les délais d'appel applicables—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38.04 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), 38.06 (édicte, *idem*).

RIBIC C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (DES-3-02, 2003 CFPI 10, juge Blanchard, ordonnance en date du 9-1-03, 20 p.)

Demande visant à déterminer si la production en preuve d'une vidéocassette contenant certains renseignements dans un procès criminel devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario doit être autorisée conformément à l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada—Le défendeur, un citoyen canadien, est accusé d'infractions criminelles graves à la suite d'une prise d'otages qui a eu lieu pendant qu'il était membre des Forces serbes en Bosnie en 1995—Il veut produire en preuve une vidéocassette sur laquelle sont enregistrés des bombardements aériens qui auraient apparemment eu lieu au moment de la prise d'otages et près de l'endroit où la prise d'otages s'est déroulée—Il soutient que le vidéo est essentiel à sa défense puisqu'il montrera au jury la nature et l'étendue de la supériorité aérienne de l'OTAN par rapport aux Serbes et que cette preuve pourrait avoir une valeur probante en ce qui concerne la question de savoir si les otages étaient en danger—Le procureur général prétend que la divulgation de ces renseignements nuirait à la conduite des affaires internationales car les renseignements provenaient de l'un des alliés du Canada—Il prétend également que, le Canada, en tant que partie à une entente réciproque conclue avec cet allié, laquelle prévoit l'exercice d'un contrôle de la part de la source quant

PREUVE—Fin

à la divulgation de renseignements sensibles, a, sur le plan international, l'obligation de protéger ces renseignements dans la plus grande mesure possible étant donné que cet allié n'a pas encore autorisé la divulgation—Le juge exerçant son pouvoir discrétionnaire a décidé de voir et d'entendre l'enregistrement sur vidéocassette—Eu égard aux circonstances de l'espèce, le défendeur a satisfait au critère de démontrer que les renseignements enregistrés sur la vidéocassette ont probablement rapport à une question en litige—La divulgation de ces renseignements par le Canada porterait préjudice aux relations internationales du Canada—L'art. 38.06(2) de la Loi prévoit que la Cour doit évaluer si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation des renseignements contenus dans la vidéocassette l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation—Facteurs dont on doit tenir compte en soupesant les diverses raisons d'intérêt public: la question de savoir si les renseignements en question établissent un fait crucial pour la défense; la nature de l'intérêt que l'on cherche à protéger; l'admissibilité et l'utilité des renseignements; leur valeur probante en ce qui concerne une question soulevée au procès; la question de savoir si le demandeur a établi qu'il n'existe pas d'autres moyens raisonnables d'obtenir les renseignements; la question de savoir si, en cherchant à obtenir la divulgation, le demandeur cherche à l'aveuglette des renseignements; la gravité des accusations ou des questions en jeu—Confirmation de l'interdiction de divulguer les indicatifs d'appel ou les pseudonymes permettant d'identifier les pilotes; les mots codés permettant d'identifier une opération militaire ou une communication de l'OTAN; les coordonnées indiquant la latitude et la longitude; la visualisation tête haute montrant les codes laser, la portée des armes et les équipements radar—Autorisation de la divulgation des autres renseignements contenus dans la vidéocassette—Ordre donné au demandeur de préparer une copie expurgée de la vidéocassette originale—Le déclarant du défendeur ne devrait pas être autorisé à déposer au procès afin d'authentifier la vidéocassette; la divulgation d'une version expurgée de la preuve par affidavit est cependant autorisée—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141(4)), 38.02 (édicte, *idem*, art. 43), 38.06 (édicte, *idem*).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. RIBIC (DES-5-02, 2003 CFPI 43, juge Blanchard, ordonnance en date du 17-1-03, 15 p.)

If undelivered, return to:
Publishing and Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison, retourner à:
Les Éditions et Services de dépôt
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S9

Available from:
Publishing and Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S9
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de:
Les Éditions et Services de dépôt
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S9
<http://publication.gc.ca>