



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1997, Vol 2, Part 3**

**1997, Vol. 2, 3<sup>e</sup> fascicule**

**Cited as [1997] 2 F.C., 545-789**

**Renvoi [1997] 2 C.F., 545-789**

---



Published by

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

---

Editorial Board

Executive Editor  
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.

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

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

---

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production Manager  
LAURA VANIER

Publications Specialist  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Editorial Assistants  
PIERRE LANDRIAULT  
LISE LEPAGE-PELLETIER

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 1997.

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

*Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Court Reports should be directed to the Executive Editor at area code 613-995-2706.*

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

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

Publié par

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

---

Bureau des arrêtiistes

Directeur général  
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.

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

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

---

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Services techniques

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

Spécialiste des publications  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Adjoints à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT  
LISE LEPAGE-PELLETIER

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 1997.

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

*Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil des arrêts de la Cour fédérale, doivent être adressées au Directeur général au (613) 995-2706.*

*Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada doivent être adressées au: Directeur général, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 110, rue O'Connor, Ottawa (Canada) K1A 1E3.*

*Tout avis de changement d'adresse (veuillez indiquer votre adresse précédente) des abonnés au Recueil des arrêts de la Cour fédérale, de même que les demandes de renseignements au sujet de cet abonnement, doivent être adressés aux Éditions du gouvernement du Canada, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Ottawa (Canada) K1A 0S9.*

Subscribers who receive the Federal Court Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Laura Vanier, Production Manager, Federal Court Reports, 110 O'Connor Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.

Les abonnés qui reçoivent le Recueil des arrêts de la Cour fédérale en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à: Laura Vanier, Gestionnaire, production et publication, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, 110, rue O'Connor, Ottawa (Canada) K1A 1E3.

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

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

## CONTENTS

Digests ..... D-35

Appeals Noted ..... I

Canada v. Schnurer Estate (C.A.) ..... 545

Administrative law — Judicial review — Tax Court decision on matter of insurable employment under Unemployment Insurance Act appropriate for judicial review even though preliminary question of law not disposing of respondent's main appeal under Act.

Unemployment insurance — Application for judicial review of Tax Court decision ordering Minister to reconsider position insurable employment not occupied as based on two allegedly mutually exclusive grounds: Act, s. 3(1)(a) and (2)(c) — Judge below erred in law in so concluding — Meaning of "employment" examined — Reliance on Act, s. 3(1)(a) and (2)(c) not depending on mutually exclusive findings of fact.

Canada (Attorney General) v. Hester (T.D.) ..... 706

Public Service — Jurisdiction — Grievance — Judicial review of PSSRB decision employer violated collective agreement by refusing request for vacation leave, ordering employer to grant one day of vacation leave in addition to entitlement under collective agreement — Public Service Staff Relations Act, s. 96(2) prohibiting adjudicator from rendering decision effect of which to require amendment of collective agreement — Tribunal added to respondent's leave entitlement without justification — Contravened limitation of jurisdiction imposed by s. 96(2).

Damages — Non-compensatory — Exemplary — Judicial review of Public Service Staff Relations Board decision

Continued on next page

## SOMMAIRE

Fiches analytiques ..... F-43

Appels notés ..... I

Canada c. Succession Schnurer (C.A.) ..... 545

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Une décision de la Cour de l'impôt concernant une question d'emploi assurable visée à la Loi sur l'assurance-chômage est assujettie au contrôle judiciaire même si la question préliminaire de droit ne règle pas définitivement l'appel principal de l'intimée en vertu de la Loi.

Assurance-chômage — Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Cour de l'impôt ordonnant au ministre de réexaminer son règlement, dans lequel il a conclu à l'inexistence d'un emploi assurable, parce qu'il se fonde sur deux motifs s'excluant mutuellement, soit l'art. 3(1)(a) et (2)(c) de la Loi — En concluant ainsi, le juge de l'impôt a commis une erreur de droit — Examen du sens du mot «emploi» — Le recours à l'art. 3(1)(a) et 3(2)(c) de la Loi ne repose pas sur des conclusions de fait s'excluant mutuellement.

Canada (Procureur général) c. Hester (1<sup>re</sup> inst.) ... 706

Fonction publique — Compétence — Grief — Contrôle judiciaire de la décision de la CRTFP dans laquelle celle-ci concluait que l'employeur avait enfreint la convention collective en refusant une demande de congé, et enjoignait à l'employeur d'accorder un jour de congé en sus des congés auxquels il avait droit en vertu de la convention collective — L'art. 96(2) de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique interdit à un arbitre de rendre une décision qui aurait pour effet d'exiger la modification de la convention collective — La Commission a ajouté un jour de congé aux crédits de l'intimé sans justification — Elle a outrepassé la compétence qui lui est conférée par l'art. 96(2).

Dommages-intérêts — Non-compensatoires — Exemplaires — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission des

Suite à la page suivante

## CONTENTS (Continued)

employer violated collective agreement by refusing request for vacation leave, ordering employer to grant one day of vacation leave in addition to entitlement under collective agreement — Board expressing concern over “number of cases” where employee’s wishes disregarded for reasons Board finding improper — Necessity relief granted address concerns — Tribunal imposing remedy for conduct considered worthy of punishment with respondent being beneficiary, over-compensated — Remedy constituting punitive damages — Punitive damages awarded only where conduct deserving of punishment as harsh, vindictive, reprehensible, malicious — Nothing justifying such remedy herein.

### **Groupe G. Tremblay Syndics Inc. v. Canada (Superintendent of Bankruptcy) (T.D.) ..... 719**

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Judicial review of Deputy Superintendent of Bankruptcy’s decision to seize records administered by applicants, entrust them to guardian until completion of investigation, disciplinary hearing — “Decision” within Federal Court Act, s. 18.1 — Having final effect on applicants’ rights as seized records not likely to be returned until end of disciplinary process — Administration of seized records probably complete by end of that process.

Administrative law — Judicial review — Deputy Superintendent of Bankruptcy seizing records administered by applicants, entrusting them to guardian until completion of investigation, disciplinary hearing — Not exercising discretion for improper purposes, in bad faith, or in arbitrary, unfair, unreasonable manner — Bankruptcy and Insolvency Act, s. 14.03 authorizing conservatory measures to protect public interest — Duty to act quickly to protect estates — Applicants not taking any of numerous opportunities to provide explanations of misconduct — Federal Court Act, s. 18.1(4) authorizing review of findings of fact not supported by evidence or that assessment of evidence as whole show to be unreasonable — In light of evidence of serious misconduct in administration, decision to take conservatory measures reasonable.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

relations de travail dans la fonction publique statuant que l’employeur avait enfreint la convention collective en refusant une demande de congé, et enjoignant à l’employeur d’accorder un jour de congé en sus des congés auxquels il avait droit en vertu de la convention collective — La Commission a exprimé ses préoccupations par rapport «au nombre de cas» dans lesquels les souhaits des employés sont écartés pour des motifs qu’elle juge non appropriés — Le redressement accordé devait tenir compte des préoccupations exprimées — La Commission a imposé une réparation pour un comportement qui, selon elle, méritait d’être puni, de sorte que l’intimé en a été le bénéficiaire et qu’il a été surindemnisé — La réparation est de nature punitive — Les dommages-intérêts punitifs sont accordés à l’égard d’un comportement qui justifie une peine parce qu’il est essentiellement dur, vengeur, répréhensible et malicieux — Rien en l’espèce ne justifie un tel redressement.

### **Groupe G. Tremblay Syndics Inc. c. Canada (Surintendant des faillites) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 719**

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le surintendant associé des faillites a décidé de prendre possession des dossiers qu’administraient les requérants pour les confier à un gardien, jusqu’à la fin de l’enquête et de l’audition disciplinaire — Il s’agissait d’une «décision» selon le sens donné à cette expression à l’art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale — Elle affectait les droits des requérants de façon définitive en ce que les dossiers saisis ne pouvaient vraisemblablement leur être remis qu’à la fin du processus disciplinaire — L’administration des dossiers saisis sera probablement complétée au moment où se terminera ce processus.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Le surintendant associé des faillites a pris possession des dossiers qu’administraient les requérants pour les confier à un gardien, jusqu’à la fin de l’enquête et de l’audition disciplinaire — Il n’a pas utilisé son pouvoir discrétionnaire à des fins impropres, de mauvaise foi ou de façon arbitraire, injuste ou déraisonnable — L’art. 14.03 de la Loi sur la faillite et l’insolvabilité autorise l’émission de mesures conservatoires dans le but de protéger l’intérêt public — Obligation d’agir rapidement pour protéger les actifs — Les requérants n’ont pas profité des nombreuses occasions qu’ils ont eues de fournir des explications sur les manquements reprochés — L’art. 18.1(4) de la Loi de la Cour fédérale permet la révision des conclusions de faits lorsqu’elles ne sont pas supportées par la preuve ou lorsqu’une évaluation de la preuve dans son ensemble démontre que la conclusion est déraisonnable — Compte tenu de la preuve établissant la gravité des manquements dans l’administration des dossiers, la décision de prendre des mesures conservatoires efficaces était raisonnable.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Bankruptcy — Judicial review of Deputy Superintendent of Bankruptcy's decision under Bankruptcy and Insolvency Act, s. 14.03 to seize records administered by applicants, entrust them to guardian until completion of investigation, disciplinary hearing — Auditor's report disclosing serious misconduct — RCMP also investigating applicants' conduct — Given seriousness of alleged irregularities, seizure intended to preserve estate records — Once relationship of trust disintegrated, Deputy Superintendent compelled to seize all records given fiduciary relationship between trustees, clients — Power to "preserve" estates in s. 14.03 not used to "recover" estate records — Conservatory measures taken to prevent further misconduct.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Judicial review of Deputy Superintendent of Bankruptcy's decision pursuant to Bankruptcy and Insolvency Act, s. 14.03, to seize records administered by applicants, entrust them to guardian until completion of investigation, disciplinary hearing — Right to liberty including right to practice profession — Not at issue herein as conservatory measures not affecting existence, validity of trustee licence — S. 14.03 not affecting right to practice profession — Doctrine of vagueness inapplicable as circumstances, purpose of conservatory measures specified, sufficient guidance for legal debate provided.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process—Judicial review of Deputy Superintendent of Bankruptcy's decision, pursuant to Bankruptcy and Insolvency Act, s. 14.03, to take possession of records administered by applicants, entrust them to guardian until completion of investigation, disciplinary hearing — Taking of possession constituting seizure — As applicant not consenting freely, voluntarily to seizure, not waiving s. 8 guarantee — Purpose of ss. 14.01, 14.02, 14.03 supervision of trustees' administrative conduct — Documents administered by trustees public — Expectation of privacy lower than that associated with private, personal documents — Not requiring strict application of criteria established by S.C.C. in *Hunter et al. v. Southam Inc.* for determining whether seizure reasonable — Necessary to balance reasonable expectation of privacy, seriousness of intrusion — Since search of private premises, not part of regulatory inspection, degree of intrusion greater — Must be reasonable grounds to believe conservatory measures involving search, seizure will make it possible to "preserve" records of estates — To extent authorizing

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Faillite — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le surintendant associé des faillites a décidé, aux termes de l'art. 14.03 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, de prendre possession des dossiers qu'administraient les requérants pour les confier à un gardien, jusqu'à la fin de l'enquête et de l'audition disciplinaire — Rapport du vérificateur faisant état de manquements graves — La GRC enquêtait également relativement à la conduite des requérants — Compte tenu de la gravité des irrégularités reprochées, la prise de possession visait à protéger les dossiers d'actifs — Une fois le lien de confiance brisé, le surintendant associé n'avait d'autre choix que de prendre possession de l'ensemble des dossiers, vu le rapport fiduciaire entre les syndic et leurs clients — Le pouvoir «de sauvegarde» des actifs prévu à l'art. 14.03 n'a pas été utilisé comme «récupération» de dossiers d'actifs — Mesures conservatoires prises pour prévenir la survenance de nouveaux manquements.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le surintendant associé des faillites a décidé, aux termes de l'art. 14.03 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, de prendre possession des dossiers qu'administraient les requérants pour les confier à un gardien, jusqu'à la fin de l'enquête et de l'audition disciplinaire — Le droit à la liberté inclut le droit d'exercer une profession — Cette question ne se soulevait pas dans le présent dossier puisque les mesures conservatoires n'ont pas affecté l'existence et la validité de la licence de syndic — L'art. 14.03 ne concerne pas le droit à l'exercice d'une profession — La théorie de l'imprécision ne pouvait trouver application, car les circonstances pouvant donner lieu à des mesures conservatoires y sont énumérées ainsi que le but poursuivi, et il constitue un guide suffisant pour donner lieu à un débat judiciaire.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le surintendant associé des faillites a décidé, aux termes de l'art. 14.03 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, de prendre possession des dossiers qu'administraient les requérants pour les confier à un gardien, jusqu'à la fin de l'enquête et de l'audition disciplinaire — La prise de possession constituait une saisie — Le requérant n'ayant pas consenti librement et volontairement à la saisie, il n'a pas renoncé à la garantie énoncée à l'art. 8 — Les art. 14.01, 14.02 et 14.03 ont pour objet la supervision de la conduite administrative des syndic — Les documents administrés par des syndic sont publics — L'expectative de vie privée est moindre que celle qui se rattache à des documents de nature personnelle et privée — L'application rigoureuse des critères établis par la C.S.C. dans *Hunter et autres c. Southam Inc.* n'est pas nécessaire pour déterminer si une saisie est raisonnable — Il s'agit d'établir un équilibre entre l'expectative raisonnable de vie privée et la gravité de l'intrusion — Puisqu'il s'agissait d'une perquisition dans les locaux privés

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

conservatory measures in nature of seizure where no reasonable grounds to believe measures enabling preservation of records, s. 14.03(1)(b) infringing Charter, s. 8 — Reasonable grounds herein to believe conservatory measures enabling preservation of records of estates.

Construction of statutes — Bankruptcy and Insolvency Act, s. 14.03(1)(b) found to have infringed Charter, s. 8 to extent authorizing conservatory measures in nature of seizure where no reasonable grounds to believe measures enabling preservation of records — S. 14.03(1)(b) “read down” so that conservatory measures in nature of “seizure” not authorized unless Superintendent of Bankruptcy or delegate having reasonable grounds to believe measures enabling preservation of records of estates.

### **Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare) (T.D.) . . . . . 681**

Practice — *Res judicata* — Application to compel answers to questions directed to ownership, control, management, financial, commercial interests between two corporations upon cross-examination on affidavit — Applicants alleging estoppel, *res judicata* in originating notice of motion — Affidavit denying privity — “Privies” no longer defined as meaning only those claiming by inheritance, succession or assignment — On cross-examination as to denial of privity, applicants entitled to examine relationship between corporations — Control most explicit factor to determine existence of relationship.

### **Merck Frosst Canada Inc. v. Apotex Inc. (C.A.) . . 561**

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Appeal from extension granted pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 7(5) — Appeal allowed — 30-month bar to marketing by competitors legislative stay, subject to terms imposed by Regulations — Only s. 7(5) authorizing Trial Division to alter legislative duration of 30-month stay directly, and only where court finding party to application failing to reasonably co-operate in expediting application — No such failure alleged, proven — Extension

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

qui n'est pas exécutée dans le cadre d'une inspection réglementaire, le degré d'intrusion était plus grand — Il doit exister des motifs raisonnables de croire que les mesures conservatoires impliquant une perquisition ou une saisie permettront la «sauvegarde» des dossiers d'actifs — Pour autant qu'il autorise des mesures conservatoires de la nature d'une saisie en l'absence de motifs raisonnables de croire que celles-ci permettront la sauvegarde des dossiers, l'art. 14.03(1)(b) viole la garantie énoncée à l'art. 8 de la Charte — En l'espèce, il existait des motifs raisonnables de croire que les mesures conservatoires permettraient la sauvegarde des dossiers d'actifs.

Interprétation des lois — L'art. 14.03(1)(b) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité viole la garantie énoncée à l'art. 8 de la Charte dans la mesure où il autorise l'émission de mesures conservatoires de la nature d'une saisie en l'absence de motifs raisonnables de croire que ces mesures permettront la sauvegarde des dossiers d'actifs — «Interprétation atténuée» de l'art. 14.03(1)(b) de façon à ne pas autoriser les mesures conservatoires de la nature d'une «saisie» lorsque le surintendant, ou son délégué, n'a pas de motifs raisonnables de croire qu'elles permettront la sauvegarde des dossiers d'actifs.

### **Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) (1<sup>re</sup> inst.) 681**

Pratique — *Res judicata* — Demande visant à obtenir des réponses à certaines questions relatives à la propriété, au contrôle, à l'administration ou aux intérêts commerciaux ou financiers existant entre deux entreprises, lors d'un contre-interrogatoire sur un affidavit — Les requérantes ont allégué la chose jugée et la fin de non-recevoir dans l'avis de requête introductive d'instance — L'affidavit nie l'existence d'un lien de droit — Le terme «ayant droit» n'est plus restreint aux personnes qui présentent une réclamation en vertu d'un héritage ou d'une cession — Lors du contre-interrogatoire sur la négation de l'existence d'un lien de droit, les requérantes ont le droit d'examiner les liens entre les sociétés — Le contrôle est l'élément le plus explicite pour déterminer l'existence d'un lien.

### **Merck Frosst Canada Inc. c. Apotex Inc. (C.A.) . . 561**

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Appel interjeté d'une prorogation accordée conformément à l'art. 7(5) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) — Appel accueilli — L'interdiction de mise en marché d'une durée de 30 mois faite aux concurrents est une suspension de nature législative assujettie aux conditions que prévoit le Règlement — Seul l'art. 7(5) autorise la Section de première instance à modifier directement la durée de la période de suspension de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

granted without jurisdiction — Court's inherent power to control own process irrelevant as respondent seeking order to control exercise of Minister's authority — Patent Act, s. 55.2(5) providing Regulations overriding any other Act, regulation including Federal Court Act, s. 18.2, Federal Court Rules, R. 1614.

Patents — Practice — Appeal from extension granted pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 7(5) — Appeal allowed — 30-month bar to marketing by competitors legislative stay subject to s. 7(5) only — S. 7(5) permitting alteration of duration of stay only where court finding party to application failing to reasonably co-operate in expediting application — Duty to document delay tactics to establish failure to co-operate.

Estoppel — Appeal from extension granted pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 7(5) — S. 7(5) permitting court to vary 30-month period during which Minister prohibited from issuing notice of compliance after application for prohibition commenced where party to application failing to reasonably co-operate in expediting application — Appeal allowed — No evidence of pre-conditions for estoppel.

### **Solis v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) ..... 693**

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Removal of permanent residents — Applicant in Canada since 1986 as refugee from Guatemala — Subsequently convicted of serious criminal offences — Application for discretionary stay of execution of removal order — Appeal from deportation order to Immigration and Refugee Board, Appeal Division outstanding when Minister's delegate issuing danger opinion — Immigration Act, s. 49(1)(b) providing where appeal filed with Appeal Division, execution of removal order stayed until appeal heard and disposed of or declared abandoned — Since neither condition fulfilled, statutory stay still in existence; no need for discretionary stay — Issuance of danger opinion not precluding Appeal Division from hearing, determining jurisdiction under s. 69.4(2) — Application of s. 49(1)(b) not dependent upon Appeal Division having jurisdiction over

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

30 mois et ce, seulement lorsque le tribunal constate qu'une partie à la demande n'a pas collaboré de façon raisonnable au traitement expéditif de celle-ci — Un tel manquement n'a été ni allégué ni prouvé — La prorogation a été accordée en l'absence de compétence — Le pouvoir inhérent de la Cour de contrôler sa propre procédure n'est pas pertinent, car l'intimée cherche à obtenir une ordonnance visant l'exercice du pouvoir du ministre — L'art. 55.2(5) de la Loi sur les brevets prévoit que le Règlement prévaut sur toute autre disposition législative ou réglementaire, y compris l'art. 18.2 de la Loi sur la Cour fédérale et la Règle 1614 des Règles de la Cour fédérale.

Brevets — Pratique — Appel interjeté d'une prorogation accordée conformément à l'art. 7(5) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) — Appel accueilli — L'interdiction de mise en marché d'une durée de 30 mois faite aux concurrents est une suspension de nature législative assujettie uniquement à l'art. 7(5) — L'art. 7(5) ne permet de modifier la période de suspension que lorsque le tribunal constate qu'une partie à la demande n'a pas collaboré de façon raisonnable au traitement expéditif de celle-ci — Obligation de prouver que les tactiques visant à retarder la demande démontrent l'absence de collaboration.

Fin de non-recevoir — Appel interjeté d'une prorogation accordée conformément à l'art. 7(5) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) — L'art. 7(5) autorise le tribunal à modifier la période de 30 mois pendant laquelle il est interdit au ministre de délivrer un avis de conformité après une demande d'interdiction à cet égard lorsque la partie à la demande n'a pas collaboré de façon raisonnable au traitement expéditif de celle-ci — Appel accueilli — Aucune preuve de l'existence des conditions préalables à l'irrecevabilité.

### **Solis c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 693**

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Le requérant est au Canada depuis 1986 à titre de réfugié guatémaltèque — Il a par la suite été déclaré coupable d'infractions criminelles graves — Demande en vue d'obtenir un sursis discrétionnaire à l'exécution d'une mesure de renvoi — L'appel de la mesure d'expulsion présenté à la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié était en instance lorsque le représentant du ministre a exprimé l'avis de danger — Aux termes de l'art. 49(1)(b) de la Loi sur l'immigration, lorsqu'un appel est présenté à la section d'appel, il est sursis à l'exécution de la mesure de renvoi jusqu'à ce que la section d'appel ait entendu et réglé l'appel ou ait déclaré qu'il y a eu désistement d'appel — Comme aucune de ces conditions n'a été remplie, le sursis d'exécution d'origine législative continue de s'appliquer; aucun

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

appeal — Statutory stay triggered by filing appeal, not by Appeal Division's jurisdiction.

Construction of statutes — Immigration Act, s. 49(1)(b) providing where appeal filed with Appeal Division, execution of removal order stayed until appeal heard and disposed of or declared abandoned — Statutory language conjunctive — Requiring appeal to be both heard and disposed of — Insufficient to merely “dispose” of appeal by Minister issuing “danger to the public” opinion — S. 49(1)(b) not leading to absurdity, repugnancy, inconsistency, requiring reading in — To adversely affect rights, legislature must do so expressly — Right not to have outstanding removal order executed where appeal therefrom filed not expressly abrogated.

### **Stevens v. Canada (Prime Minister) (T.D.) . . . . . 759**

Practice — Privilege — Applicant seeking from PCO legal accounts relating to Commission of Inquiry — Accounts submitted to Commission, forwarded to PCO for payment — PCO disclosing 336 pages of legal accounts, deleting narrative on 73 pages based on solicitor-client privilege — One legal account, one disbursement memo inadvertently disclosed — Solicitors' accounts privileged — Commission department of government for financial purposes — Release of privileged information by one government institution to another not normally waiver of solicitor-client privilege — That accounts given to PCO reflecting administrative arrangement between two departments of government — Solicitor-client privilege not waived — As Commissioner required by Order in Council to file papers, records with Clerk of Privy Council, disclosure compulsory — Not constituting waiver — Inadvertent release not waiver — Necessary to consider all circumstances to determine whether partial disclosure constituting attempt to mislead so that privilege over entire document lost — Partial disclosure based on mistaken belief not subject to privilege — No attempt to cause unfairness, mislead Court — Partial disclosure not waiver.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

sursis d'exécution discrétionnaire n'est requis — La formulation d'un avis de danger n'empêche pas la section d'appel d'entendre et de trancher une question touchant la compétence que lui confère l'art. 69.4(2) — L'application de l'art. 49(1)(b) n'est pas subordonnée à la compétence de la section d'appel à l'égard de l'appel — C'est la présentation d'un appel et non la compétence de la section d'appel qui déclenche le sursis d'exécution d'origine législative.

Interprétation des lois — Aux termes de l'art. 49(1)(b) de la Loi sur l'immigration, lorsqu'un appel est présenté à la section d'appel, il est sursis à l'exécution de la mesure de renvoi jusqu'à ce que la section d'appel ait entendu et réglé l'appel ou ait déclaré qu'il y a eu désistement d'appel — Emploi d'une conjonction dans la version anglaise de la disposition — Il faut que la section d'appel entende et règle l'appel — Il ne suffit pas de simplement «régler» l'appel au moyen de la formulation par le ministre d'un «avis de danger pour le public» — L'art. 49(1)(b) ne conduit pas à une absurdité, à une incompatibilité ou à une contradiction qui obligerait à considérer cette disposition comme si elle contenait d'autres mots — Pour porter atteinte à des droits, il faut que le législateur le fasse de façon expresse — Le droit de bénéficier d'un sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi sur présentation d'un appel n'a pas été expressément abrogé.

### **Stevens c. Canada (Premier ministre) (1<sup>re</sup> inst.) . . . 759**

Pratique — Communications privilégiées — Le requérant a demandé au BCP de lui communiquer les relevés de services d'avocat requis par la commission d'enquête — Ces relevés avaient été soumis à la commission qui les avait transmis au BCP pour règlement — Le BCP lui a communiqué 336 pages de relevés, dont ont été occultés les passages descriptifs de 73 pages pour cause de secret des communications entre client et avocat — Un relevé de services et une note de débours ont été communiqués par inadvertance — Les relevés de services d'avocat sont protégés — La commission est un ministère sur le plan de l'administration financière — La transmission de renseignements protégés d'une institution fédérale à une autre ne vaut normalement pas renonciation au secret des communications entre client et avocat — Le fait que les relevés étaient transmis au BCP résultait d'arrangements administratifs entre deux ministères — Il n'y a pas eu renonciation au secret des communications entre client et avocat — Le décret de nomination faisant au commissaire obligation de transmettre ses dossiers au greffier du Conseil privé, la divulgation était obligatoire — Elle ne valait pas renonciation — La divulgation par inadvertance ne vaut pas renonciation — Il est nécessaire de prendre en considération toutes les circonstances pour savoir si une divulgation partielle constitue une tentative d'induire en erreur de telle façon que la protection soit anéantie pour le document tout entier — La divulgation partielle s'expli-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Access to information — PCO disclosing 336 pages of legal accounts relating to Commission of Inquiry, deleting narrative on 73 pages based on solicitor-client privilege under Access to Information Act, s. 23 — Reference to s. 23 in decision demonstrating determinations made (1) material subject to solicitor-client privilege; (2) not to disclose such information — Explicit reference to s. 23 as “discretionary exemption” leading to inference decision maker having regard to s. 23, fact contemplating discretionary exemption — Discretionary decision not to disclose made — Absent legislative requirement, decision not reviewable solely because of failure to disclose reasons — Under s. 23 Court only determining whether head of government institution authorized to refuse to disclose based on solicitor-client privilege — Reason for refusal self-evident — Decision not to disclose not requiring further reasons — Head of government institution considering whether to waive right, in whole or in part, to maintain confidentiality of information subject to privilege within requirements of s. 23 — No error in exercise of discretion — Motion for access by counsel to information before Court so could make submissions on informed basis denied as untimely and decision not turning on specific contents of material.

### **The CSL Group Inc. v. Canada (T.D.) . . . . . 575**

Maritime law — Torts — Plaintiffs seeking damages for alleged act of negligence by public servants — Ships delayed on St. Lawrence Seaway due to weather conditions, strike by Ships’ Crews Groups (public servants) — Contracts with shippers, receivers of cargo not performed — Defendant failing to make timely designation, under PSSRA, s. 78, of employees required to ensure safety, security of public — Canadian Coast Guard’s primary responsibility under Shipping Act to ensure safety, security of those using waterways — No duty to take all reasonable means to enable plaintiffs’ ships to transit Seaway without delays.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

quait par la croyance erronée que le renseignement en question n’était pas protégé — Il n’y a eu tentative ni de désavantager une partie ni d’induire la Cour en erreur — La divulgation partielle ne valait pas renoncation.

Accès à l’information — Le BCP a communiqué 336 pages de relevés de services d’avocat requis par la commission d’enquête, avec occultation des passages descriptifs de 73 pages pour cause de secret des communications entre client et avocat et en application de l’art. 23 de la Loi sur l’accès à l’information — La mention de l’art. 23 dans la décision montre qu’il y a eu (1) décision que les renseignements en question étaient protégés par le secret des communications entre client et avocat; et (2) décision de ne pas les divulguer — La mention expresse que l’exemption fondée sur l’art. 23 est une exemption discrétionnaire permet de conclure que l’autorité responsable s’est référée à l’art. 23 et au fait qu’il prévoit l’exemption discrétionnaire — Le responsable a pris la décision discrétionnaire de ne pas communiquer — Sauf disposition dans ce sens de la Loi, une décision n’est pas susceptible de contrôle judiciaire du seul fait qu’elle n’est pas motivée — Dans le contexte de l’art. 23, la Cour n’est appelée qu’à décider si le responsable de l’institution fédérale est habilité à refuser la communication pour cause de secret des communications entre client et avocat — Le motif de refus était clair — Il n’était pas nécessaire de prendre d’autres motifs dans la décision — Le responsable de l’institution fédérale doit examiner s’il y a lieu de renoncer à tout ou partie du droit de préserver la confidentialité du renseignement protégé par le secret des communications entre client et avocat au sens de l’art. 23 — Aucune erreur n’entache l’exercice du pouvoir discrétionnaire — La requête, faite à l’audience par les avocats du requérant, en communication des renseignements occultés afin qu’ils puissent présenter des conclusions informées, est rejetée pour cause d’introduction tardive et par ce motif que cette décision ne porte pas sur le contenu spécifique des renseignements en question.

### **Le Groupe CSL Inc. c. Canada (1<sup>re</sup> inst.) . . . . . 575**

Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Les demandereses réclament des dommages-intérêts pour un présumé acte de négligence commis par des fonctionnaires — Des navires ont été retardés dans la voie maritime du Saint-Laurent en raison des conditions atmosphériques et d’une grève des groupes des équipages de navires (fonctionnaires) — Inexécution de contrats conclus avec des expéditeurs et des réceptionnaires de marchandises — La défenderesse n’a pas désigné dans les délais prescrits par l’art. 78 de la LRTFP les employés tenus d’assurer la sécurité du public — L’objectif premier de la Garde côtière canadienne selon la Loi sur la marine marchande est d’assurer la sécurité de ceux qui empruntent les voies navigables — Elle n’a pas l’obligation de prendre tous les moyens raisonnables pour

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Crown — Torts — Action under Crown Liability and Proceedings Act, s. 3(a) based on alleged act of negligence by public servants — Plaintiffs arguing defendant responsible for failing to designate, under PSSRA, s. 78, employees required to ensure safety, security of public — Duty of care owed by Canadian Coast Guard to assure safety of public using St. Lawrence River — No duty on part of employer to file list of designated employees — Omission by Treasury Board employees to file lists not “negligence” under law of tort — Breach of common law duty requiring direct relation between individual servants, plaintiffs — Defendant not breaching common law duty in failing to make timely designation — “Governing”, “servicing” functions distinguished — Acts, omissions by public servants “governing”, not subject to law of tort.

Public service — Labour relations — Plaintiffs’ ships delayed on St. Lawrence Seaway during legal strike by public servants — Defendant missing statutory deadline to designate under PSSRA, s. 78 employees required to ensure safety, security of public — Designation process to ensure safety, security of those using waterways — No legal duty on Crown to file list of designated employees — Employer to designate employees whose work required to prevent bodily harm, loss of life, loss or damage to property — Omission to designate in timely manner under s. 78(2) beyond reach of law of tort.

### **Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.) ..... 646**

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Appeal from order setting aside Minister’s opinion respondent danger to Canadian public — Respondent, permanent resident, convicted of serious criminal offences — Deportation order issued — While appeal therefrom pending, Minister forming opinion under Immigration Act, s. 70(5) — Motions Judge holding principles of fundamental justice requiring reasons for opinion — Appeal allowed, certified questions answered — (1) S. 70(5) not

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

permettre aux navires des demanderesse de transiter par la voie maritime sans retard.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Action intentée en vertu de l’art. 3a) de la Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif sur le fondement d’un présumé acte de négligence commis par des fonctionnaires — Les demanderesse affirment que la responsabilité de la défenderesse est engagée parce qu’elle n’a pas désigné, conformément à l’art. 78 de la LRTPF, les employés tenus d’assurer la sécurité du public — La Garde côtière canadienne était tenue à un devoir de prudence qui l’obligeait à assurer la sécurité du public qui utilise le fleuve Saint-Laurent — L’employeur n’avait pas l’obligation de produire une liste des employés désignés — L’omission des employés du Conseil du Trésor de déposer les listes ne constitue pas une «négligence» au sens du droit de la responsabilité délictuelle — Pour qu’il y ait manquement à une obligation de common law, il faut qu’il existe un lien direct entre les fonctionnaires individuels et les demanderesse — La défenderesse n’a pas manqué à son obligation de common law en ne procédant pas à la désignation dans les délais prescrits — Distinction entre les tâches «de gouvernement» et les tâches «de service» — Les actes et les omissions des fonctionnaires sont des tâches «de gouvernement» qui échappent au droit de la responsabilité civile délictuelle.

Fonction publique — Relations du travail — Des navires des demanderesse ont été retardés dans la voie maritime du Saint-Laurent au cours d’une grève légale de fonctionnaires — La défenderesse n’a pas respecté le délai prescrit par la loi pour désigner, en vertu de l’art. 78 de la LRTPF, les employés tenus d’assurer la sécurité du public — Le processus de désignation vise à assurer la sécurité des usagers des voies navigables — La Couronne n’était pas tenue, de par la loi, de déposer la liste des employés désignés — L’employeur devait désigner les employés dont les services étaient requis pour empêcher des lésions corporelles, des pertes de vie ou des dommages matériels — L’omission de procéder à la désignation prévue à l’art. 78(2) en temps opportun échappe au droit de la responsabilité civile délictuelle.

### **Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.) ..... 646**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Appel d’une ordonnance annulant l’avis du ministre selon lequel l’intimé constitue un danger pour le public au Canada — L’intimé, un résident permanent, a été déclaré coupable d’infractions criminelles graves — Une mesure d’expulsion a été prise — Pendant que l’appel de cette mesure était en instance, le ministre a exprimé un avis fondé sur l’art. 70(5) de la Loi sur l’immigration — Le juge des requêtes a statué que les principes de justice fondamen-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

engaging interests affecting liberty and/or security of person pursuant to Charter, s. 7 — Refusal of discretionary exemption from lawful deportation order (effect of s. 70(5) opinion) as applied to non-refugee having no legal right to be in country not involving deprivation of liberty — “Liberty” not including right of personal choice for permanent residents to stay in country where violated essential condition under which permitted to remain in Canada — (2) S. 70(5) not inconsistent with requirements of fundamental justice — (i) Not unconstitutionally vague — Giving sufficient direction to Minister so that both Minister, Court can determine whether Minister exercising power for purposes intended by Parliament — (ii) S. 70(5) not invalid for not requiring reasons — Possible to render proper decision without reasons, particularly where tribunal exercising discretionary powers — Principles of fundamental justice as guaranteed by Charter, s. 7 not requiring reasons — (3) No infringement of fundamental justice herein in failure to give reasons — No evidence Minister’s delegate acting in bad faith, on basis of irrelevant criteria or without regard to material — (4) Failure to provide reasons in context of procedure used not breaching natural justice, procedural fairness — Requirements of natural justice subsumed under fairness — Given consequences, nature of decision, minimal requirements of fairness imposed, met.

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Appeal from order setting aside Minister’s opinion issued under Immigration Act, s. 70(5) respondent danger to Canadian public — Motions Judge holding denial of natural justice, fairness as Minister not providing reasons for decision — Appeal allowed — Test under s. 70(5) whether Minister of opinion constituting such danger — Unless scheme of Act indicating otherwise, subjective decisions judicially reviewable only if decision maker acting in bad faith, erring in law or acting on basis of irrelevant considerations — Based on record, no evidence to contrary, assumption decision maker acting in good faith — None of material considered irrelevant, nor other irrelevant considerations considered — Requirements of natural justice subsumed under general category of “fairness” — Requirements of fairness depending on seriousness of decision — Consequences of decision not deportation order, but withdrawal of discretionary power to exempt respondent from lawful deportation — Also substituting possibility of discretionary

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

tale exigeaient que des motifs soient fournis — L’appel est accueilli et il est répondu aux questions certifiées — (1) L’art. 70(5) ne fait pas intervenir les droits à la liberté et/ou à la sécurité de la personne conformément à l’art. 7 de la Charte — Le refus d’accorder une dispense discrétionnaire de l’exécution d’une mesure d’expulsion légale (effet de l’avis fondé sur l’art. 70(5)) prise contre un non-réfugié auquel la loi ne reconnaît pas le droit d’être au Canada n’entraîne pas une perte de liberté — La «liberté» ne comprend pas le droit pour les résidents permanents de faire le choix personnel de demeurer au Canada lorsqu’ils ont manqué à une condition essentielle devant être respectée pour qu’il leur soit permis de demeurer au Canada — (2) L’art. 70(5) n’est pas incompatible avec les exigences de justice fondamentale — (i) Cette disposition n’est pas inconstitutionnellement imprécise — Elle donne des instructions suffisantes au ministre, afin que le ministre et la Cour puissent déterminer si le ministre exerce ce pouvoir comme le législateur l’entendait — (ii) L’art. 70(5) n’est pas nul parce qu’il n’exige pas que des motifs soient fournis — Il est possible de rendre une décision sans fournir de motifs, surtout lorsqu’un tribunal exerce des pouvoirs discrétionnaires — Les principes de justice fondamentale garantis par l’art. 7 de la Charte n’exigent pas que des motifs soient fournis — (3) Le défaut de fournir des motifs en l’espèce ne porte pas atteinte à la justice fondamentale — Rien ne prouve que le délégué du ministre a agi de mauvaise foi, en tenant compte de facteurs dénués de pertinence ou sans égard au dossier — (4) L’omission de fournir des motifs dans le contexte de la procédure utilisée ne va pas à l’encontre de la justice naturelle et de l’équité procédurale — Les exigences de justice naturelle sont subsumées dans l’équité — Vu les conséquences et la nature de la décision, les exigences minimales imposées en matière d’équité ont été respectées.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Appel d’une ordonnance annulant l’avis du ministre fondé sur l’art. 70(5) de la Loi sur l’immigration selon lequel l’intimé constitue un danger pour le public au Canada — Le juge des requêtes a statué qu’il y a eu un déni de justice naturelle et d’équité parce que le ministre n’a pas motivé sa décision — Appel accueilli — Le critère prévu à l’art. 70(5) consiste à savoir si, selon le ministre, la personne constitue un tel danger — À moins que l’économie de la Loi n’indique le contraire, les décisions subjectives ne peuvent être examinées judiciairement que si le décideur a agi de mauvaise foi, a commis une erreur de droit ou a pris en considération des facteurs dénués de pertinence — D’après le dossier, rien ne permet de conclure le contraire et il faut présumer que le décideur a agi de bonne foi — Aucun document n’a été jugé non pertinent et aucun autre facteur dénué de pertinence n’a été pris en considération — Les exigences de justice naturelle sont subsumées dans la catégorie générale de l’«équité» — Les exigences en matière

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

stay for automatic statutory stay — Decision-making authorized by s. 70(5) not judicial, quasi-judicial, involving application of legal principles to facts — Minimal requirement of fairness met.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Removal of permanent residents — Appeal from order setting aside Minister's opinion respondent danger to Canadian public — Respondent, permanent resident, convicted of serious criminal offences — Deportation order issued — While appeal therefrom pending, Minister forming opinion under Immigration Act, s. 70(5) — Effect of Minister forming opinion to substitute (i) right of judicial review for right of appeal of deportation order; (ii) exercise by Minister of discretion to relieve from lawful deportation for exercise of similar discretion by Appeal Division; (iii) right to seek judicial stay instead of statutory stay — Minister's opinion not *causa causans* of deportation — Respondent facing deportation because as non-citizen, committing serious crimes in Canada.

Bill of Rights — Appeal from order setting aside Minister's opinion respondent danger to Canadian public under Immigration Act, s. 70(5) — Motions Judge holding principles of fundamental justice requiring Minister to provide reasons for opinion — S. 2(e) guaranteeing right to fair hearing in accordance with principles of fundamental justice — Principles of fundamental justice not requiring reasons — S. 2(e) requiring fair "hearing" — Absence of reasons not necessarily affecting hearing.

## SOMMAIRE (Fin)

d'équité varient selon la gravité de la décision — Les conséquences de la décision ne sont pas la prise d'une mesure d'expulsion, mais le retrait du pouvoir discrétionnaire de dispenser l'intimé de l'exécution d'une mesure d'expulsion légale — Cette décision substitue également l'éventualité d'un sursis d'exécution discrétionnaire à un sursis d'origine législative automatique — Le processus décisionnel autorisé par l'art. 70(5) n'est pas un processus judiciaire ou quasi-judiciaire qui comporte l'application de principes juridiques à des faits — Les exigences minimales en matière d'équité ont été respectées.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Appel d'une ordonnance annulant l'avis du ministre selon lequel l'intimé constitue un danger pour le public au Canada — L'intimé, un résident permanent, a été déclaré coupable d'infractions criminelles graves — Une mesure d'expulsion a été prise — Pendant que l'appel de cette mesure était en instance, le ministre a exprimé un avis fondé sur l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration — L'avis donné par le ministre en application de l'art. 70(5) a pour effet de substituer (i) le droit de demander un contrôle judiciaire au droit d'interjeter appel de la mesure d'expulsion; (ii) l'exercice par le ministre du pouvoir discrétionnaire dont il est investi de dispenser une personne d'une expulsion légale à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire semblable conféré à la section d'appel; (iii) le droit de demander un sursis judiciaire au droit d'obtenir un sursis d'origine législative — L'avis du ministre n'est pas la cause véritable de l'expulsion — L'intimé est menacé d'expulsion parce que, en tant que non-citoyen, il a commis des crimes graves au Canada.

Déclaration des droits — Appel d'une ordonnance annulant l'avis du ministre fondé sur l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration selon lequel l'intimé constitue un danger pour le public au Canada — Le juge des requêtes a statué que les principes de justice fondamentale obligeaient le ministre à fournir des motifs — L'art. 2e) garantit le droit à une audition impartiale conformément aux principes de justice fondamentale — Les principes de justice fondamentale n'exigent pas que des motifs soient fournis — L'art. 2e) exige une «audition» impartiale — Une décision non motivée n'est pas nécessairement préjudiciable à l'audition.

## ERRATA

### APPEALS NOTED

#### FEDERAL COURT OF APPEAL

Under APPEALS NOTED in Part 2 of [1997] 2 F.C., at page I, the reference for *Del Zotto v. Canada* should read [1997] 2 F.C. 428 and, for *Dixon v. Canada (Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia)*, the reference should read [1997] 2 F.C. 391.

### APPELS NOTÉS

#### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Sous APPELS NOTÉS dans le 2<sup>e</sup> fascicule de [1997] 2 C.F., page I, la référence pour *Del Zotto c. Canada* devrait être [1997] 2 C.F. 428 et, pour *Dixon c. Canada (Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie)*, la référence devrait être [1997] 2 C.F. 391.

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

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1997, Vol. 2, Part 3**

**1997, Vol. 2, 3<sup>e</sup> fascicule**





A-315-96

A-315-96

Her Majesty the Queen (*Applicant*)Sa Majesté la Reine (*requérante*)

v.

c.

Hazel Schnurer, Executrix of the Estate of Joseph Schnurer (*Respondent*)Hazel Schnurer, exécutrice de la succession de Joseph Schnurer (*intimée*)

INDEXED AS: CANADA v. SCHNURER ESTATE (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CANADA c. SUCCESSION SCHNURER (C.A.)

Court of Appeal, Isaac C.J., Pratte and Stone J.J.A.  
—Calgary, January 20; Ottawa, February 3, 1997.

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Pratte et Stone, J.C.A.—Calgary, 20 janvier; Ottawa, 3 février 1997.

*Administrative law — Judicial review — Tax Court decision on matter of insurable employment under Unemployment Insurance Act appropriate for judicial review even though preliminary question of law not disposing of respondent's main appeal under Act.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Une décision de la Cour de l'impôt concernant une question d'emploi assurable visée à la Loi sur l'assurance-chômage est assujettie au contrôle judiciaire même si la question préliminaire de droit ne règle pas définitivement l'appel principal de l'intimée en vertu de la Loi.*

*Unemployment insurance — Application for judicial review of Tax Court decision ordering Minister to reconsider position insurable employment not occupied as based on two allegedly mutually exclusive grounds: Act, s. 3(1)(a) and (2)(c) — Judge below erred in law in so concluding — Meaning of "employment" examined — Reliance on Act, s. 3(1)(a) and (2)(c) not depending on mutually exclusive findings of fact.*

*Assurance-chômage — Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Cour de l'impôt ordonnant au ministre de réexaminer son règlement, dans lequel il a conclu à l'inexistence d'un emploi assurable, parce qu'il se fonde sur deux motifs s'excluant mutuellement, soit l'art. 3(1)(a) et (2)(c) de la Loi — En concluant ainsi, le juge de l'impôt a commis une erreur de droit — Examen du sens du mot «emploi» — Le recours à l'art. 3(1)(a) et 3(2)(c) de la Loi ne repose pas sur des conclusions de fait s'excluant mutuellement.*

The determination of the Minister of National Revenue that the respondent's now deceased husband had not been engaged in insurable employment within the meaning of the *Unemployment Insurance Act* was appealed to the Tax Court of Canada pursuant to section 70 of the Act. The Deputy Tax Court Judge raised a preliminary question of law and held that, on appeal from a determination, the Minister could not proceed on the basis that the determination relied upon both paragraphs 3(1)(a) and (2)(c) because, in essence, such a determination would have required mutually exclusive findings of fact: that there was a contract of employment for the purposes of 3(2)(c), and that there was none for the purposes of 3(1)(a). The Deputy Tax Court Judge ordered that the appeal be rescheduled, and directed the Minister to decide which of the two grounds would be relied upon. This was an application for judicial review of that decision.

Le règlement du ministre du Revenu national selon lequel l'époux maintenant décédé de l'intimée n'exerçait pas un emploi assurable au sens de la *Loi sur l'assurance-chômage* a fait l'objet d'un appel devant la Cour canadienne de l'impôt aux termes de l'article 70 de la Loi. Soulevant une question préliminaire de droit, le juge suppléant de la Cour de l'impôt a statué que, dans le cas d'un appel interjeté à l'encontre d'un règlement, le ministre ne peut faire valoir que son règlement se fonde à la fois sur l'alinéa 3(1)a) et sur l'alinéa 3(2)c) parce que, essentiellement, un tel règlement exige des conclusions de fait s'excluant mutuellement: savoir qu'il y avait un contrat pour les fins de l'alinéa 3(2)c), et qu'il n'en existait pas pour les fins de l'alinéa 3(1)a). Le juge suppléant de la Cour de l'impôt a ordonné que l'appel soit remis au rôle des audiences et a enjoint à la ministre de décider de celui des deux motifs sur lequel elle s'appuierait. Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de cette décision.

*Held*, the application should be allowed.

*Jugement*: la demande est accueillie.

Although it was a decision on a preliminary question of law and, as such, did not dispose of the respondent's main appeal under the *Unemployment Insurance Act*, this case

Bien qu'il s'agisse d'une décision sur une question préliminaire de droit qui ne règle pas définitivement l'appel principal de l'intimée en vertu de la *Loi sur*

was an appropriate one for judicial review. Where a decision is finally determinative of the substantive rights of a party, the Court may entertain an application for judicial review in respect of that decision even though it may not be the ultimate decision of the tribunal. Sections 18, 18.1 to 18.5 and 28 of the current *Federal Court Act* confirm the view expressed in later Federal Court of Appeal cases that the judicial review jurisdiction of the Court extends beyond a review of the ultimate decision of a federal board, commission, or other tribunal. While not finally disposing of the respondent's main appeal under the Act, the impugned decision would deprive the applicant of the ability to make arguments in the alternative when the main appeal is heard. It therefore effectively disposes of one of the two substantive grounds advanced in support of the Minister's determination. Because either one of these grounds could be determinative of the main appeal, it was appropriate at this stage to hear the application for judicial review.

The Deputy Tax Court Judge erred in law in concluding that the applicant could not rely on both paragraphs 3(1)(a) and 3(2)(c) in responding to the appeal from the Minister's determination. It is well established that in a section 70 appeal, the Tax Court must focus on the validity of the Minister's determination, and not on the validity of the Minister's specific reasons, or the provisions of the Act relied upon, for that determination. On appeal, the Deputy Tax Court Judge is obliged to review the validity of the Minister's determination based on all the submissions of the parties. The Minister's determination rests upon assumed facts which, if not disproved, might lead the Tax Court, on appeal, to conclude, taking into account the different standards of review which apply to the alternative grounds, that the employment was not insurable either because Mr. Schnurer was not an employee under a contract of service (3(1)(a)) or because the contract was not between parties dealing at arm's length (3(2)(c)).

Moreover, the assumption of the Deputy Tax Court Judge, that the word "employment" in paragraph 3(2)(c) necessarily means employment under a contract of service, was overly restrictive and did not accord with the overall purpose and intent of the *Unemployment Insurance Act*. The Act was designed to create an unemployment insurance regime which recognizes that the line between contracts of service and contracts for service is very often blurred.

Once employment is defined in its broader sense, it can be seen that the Minister's reliance upon paragraphs 3(1)(a) and 3(2)(c), in the alternative, did not depend upon mutually exclusive findings of fact. In this kind of

*l'assurance-chômage*, la décision contestée est susceptible de révision. Lorsqu'une décision règle définitivement les droits fondamentaux d'une partie, la Cour peut entendre une demande de contrôle judiciaire concernant cette décision même s'il ne s'agit pas de la décision ultime du tribunal. Les articles 18, 18.1 à 18.5 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* actuellement en vigueur confirment l'opinion exprimée dans les autorités récentes selon laquelle la compétence de la Cour en matière de contrôle judiciaire s'étend au-delà de la révision d'une décision finale d'un office fédéral. Bien que la décision n'ait pas réglé définitivement l'appel principal de l'intimée en vertu de la *Loi sur l'assurance-chômage*, elle pourrait priver la requérante de la possibilité de présenter des arguments subsidiaires lors de l'audition de l'appel principal. Par conséquent, cette décision a effectivement éliminé l'un des deux motifs fondamentaux invoqués par le ministre pour justifier son règlement. Étant donné que l'issue de l'appel principal peut dépendre de l'un ou l'autre de ces motifs, il est approprié à cette étape d'entendre la demande de contrôle judiciaire.

Le juge suppléant de la Cour de l'impôt a commis une erreur de droit en concluant que la requérante ne pouvait s'appuyer à la fois sur l'alinéa 3(1)a) et sur l'alinéa 3(2)c) pour répondre à l'appel formé à l'encontre du règlement de la question par le ministre. La jurisprudence démontre clairement que, dans le cadre d'un appel fondé sur l'article 70, la Cour de l'impôt doit s'attacher à la validité du règlement du ministre et non pas à la validité des motifs précis invoqués par le ministre, ou aux paragraphes sur lesquels il s'est appuyé pour régler la question. Dans une procédure d'appel, le juge suppléant de la Cour de l'impôt est tenu d'examiner la validité du règlement du ministre en s'appuyant sur toutes les observations formulées par les parties. Le règlement du ministre s'appuie sur des faits présumés qui, s'ils ne sont pas réfutés, peuvent amener la Cour de l'impôt à conclure en appel, en tenant compte des normes de révision différentes applicables aux deux motifs invoqués, que l'emploi n'était pas assurable soit parce que M. Schnurer n'était pas un employé visé par un contrat de louage de services (3(1)a)), soit parce que le contrat n'a pas été conclu entre des parties non liées (3(2)(c)).

En outre, l'affirmation du juge suppléant de la Cour de l'impôt selon laquelle le mot «emploi» utilisé à l'alinéa 3(2)c) désigne nécessairement un emploi visé par un contrat de louage de services est trop restrictive et n'est pas conforme à l'objet et à l'intention générale de la *Loi sur l'assurance-chômage*. La Loi a pour objet de créer un régime d'assurance-chômage qui reconnaît que la ligne de démarcation entre les contrats de louage de services et les contrats de services est très souvent bien tenue.

Une fois que l'emploi est défini dans son sens le plus large, on peut constater que la décision du ministre de s'appuyer sur l'alinéa 3(1)a) et subsidiairement sur l'alinéa 3(2)c) n'appelle pas des conclusions de fait s'excluant

case, the Tax Court must approach the analysis in two steps. First, was there an express or implied contract of service? If not, the employment is not insurable unless it falls within one of the provisions of subsection 4(1) or regulation enacted pursuant to subsection 4(2). Secondly, if it is employment under a contract of service or if it is otherwise insurable under section 4, is it "excepted employment" within the meaning of subsection 3(2)?

The applicant argued that the Deputy Tax Court Judge improperly refused to exercise his jurisdiction under section 70 of the Act when he declined to hear and decide the appeal on its merits, and instead ruled that the applicant was not allowed to make submissions on both of the Minister's grounds. If it was further argued that subsection 70(2) required the Judge to either vacate, confirm or vary the determination, and did not permit the Tax Court to refer a matter back to the Minister for redetermination. These jurisdictional arguments had much force but, in view of the conclusion as to an error of law, they did not have to be dealt with.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5), 18.2 (as enacted *idem*), 18.3 (as enacted *idem*), 18.4 (as enacted *idem*), 18.5 (as enacted *idem*), 28(1) (as am. *idem*, s. 8), (2).

*Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 2(1) "employment", 3(1)(a) "insurable employment", (2)(c) (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 2), 4 (as am. *idem*, s. 3), 61 (as am. *idem*, s. 37; 1993, c. 24, s. 152), 70 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 23; S.C. 1993, c. 27, s. 228).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*VIA Rail Canada Inc. v. Butterill*, [1982] 2 F.C. 830; (1981), 130 D.L.R. (3d) 289; 3 C.H.R.R. D/1043; 40 N.R. 91 (C.A.); *Armadales Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act)*, [1991] 3 F.C. 242; (1991), 83 D.L.R. (4th) 440; 14 Imm. L.R. (2d) 13; 127 N.R. 342 (C.A.); *Brennan v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 799; (1985), 85 CLLC 17,006; 57 N.R. 116 (C.A.); *Mahabir v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 133; (1991), 85 D.L.R. (4th) 110; 15 Imm. L.R. (2d) 303; 137 N.R. 377 (C.A.); *Anti-dumping Act (In re) and in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, [1974] 1 F.C. 22; (1974), 1

mutuellement. Dans ce genre d'affaire, la Cour de l'impôt doit procéder à une analyse en deux étapes. Tout d'abord, y avait-il un contrat de louage de services exprès ou tacite? Si la réponse est négative, l'emploi n'est pas assurable à moins qu'il ne soit visé par l'une des dispositions du paragraphe 4(1), ou par un des règlements adoptés en vertu du paragraphe 4(2). Deuxièmement, s'il s'agit d'un emploi en vertu d'un contrat de louage de services ou d'un emploi autrement assurable aux termes de l'article 4, s'agit-il d'un «emploi exclu» au sens du paragraphe 3(2)?

La requérante allègue que le juge suppléant de la Cour de l'impôt a refusé à tort d'exercer sa compétence aux termes de l'article 70 de la Loi quand il a décidé de ne pas entendre les arguments et de ne pas trancher l'appel sur le fond, se contentant de statuer que la requérante n'était pas autorisée à présenter des observations fondées sur les deux motifs sur lesquels le ministre s'est appuyé. La requérante fait en outre valoir que le paragraphe 70(2) exige que le juge de la Cour de l'impôt infirme, confirme ou modifie le règlement en question, et qu'il ne permet pas à la Cour de l'impôt de renvoyer une question au ministre pour réexamen. Ces arguments concernant la compétence sont très convaincants mais, au vu de la conclusion sur l'erreur de droit, il n'est pas nécessaire d'en traiter.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5), 18.2 (édicte, *idem*), 18.3 (édicte, *idem*), 18.4 (édicte, *idem*), 18.5 (édicte, *idem*), 28(1) (mod., *idem*, art. 8), (2).

*Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 2(1) «emploi», 3(1)a) «emploi assurable», (2)c) (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 2), 4 (mod., *idem*, art. 3), 61 (mod., *idem*, art. 37; 1993, ch. 24, art. 152), 70 (mod. par L.R.C. (1985) (4e suppl.), ch. 51, art. 23; L.C. 1993, ch. 27, art. 228).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*VIA Rail Canada Inc. c. Butterill*, [1982] 2 C.F. 830; (1981), 130 D.L.R. (3d) 289; 3 C.H.R.R. D/1043; 40 N.R. 91 (C.A.); *Armadales Communications Ltd. c. Arbitre (Loi sur l'immigration)*, [1991] 3 C.F. 242; (1991), 83 D.L.R. (4th) 440; 14 Imm. L.R. (2d) 13; 127 N.R. 342 (C.A.); *Brennan c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 799; (1985), 85 CLLC 17,006; 57 N.R. 116 (C.A.); *Mahabir c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 133; (1991), 85 D.L.R. (4th) 110; 15 Imm. L.R. (2d) 303; 137 N.R. 377 (C.A.); *La Loi antidumping (In re) et in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, [1974] 1 C.F. 22; (1974), 1

N.R. 422 (C.A.) (as to relevant policy considerations at play in judicial review jurisdiction under the *Federal Court Act*); *Barrette v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1994] A.C.F. No. 499 (C.A.) (QL); *Canada (Attorney General) v. Doucet* (1993), 172 N.R. 374 (F.C.A.); *Martin Service Station Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 2 S.C.R. 996; (1976), 67 D.L.R. (3d) 294; 76 CLLC 14,022; 9 N.R. 257; *Can. (A.G.) v. Skyline Cabs (1982) Ltd.*, [1986] 5 W.W.R. 16; (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 296; 11 C.C.E.L. 292; 86 CLLC 14,047; 70 N.R. 210 (F.C.A.); *Maynard v. Canada (Minister of National Revenue)*, 92-252 (UI), Margeson J.T.C.C., judgment dated 30/10/92, T.C.C., not reported; *Vammen v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1994] T.C.J. No. 827 (QL); *Minister of National Revenue v. Visan*, [1983] 1 F.C. 820; (1983), 144 D.L.R. (3d) 310; 83 CLLC 14,024; 46 N.R. 494 (C.A.).

## DISTINGUISHED:

*Szczecka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 116 D.L.R. (4th) 333; 25 Imm. L.R. (2d) 70; 170 N.R. 58 (F.C.A.).

## CONSIDERED:

*National Indian Brotherhood v. Juneau (No. 2)*, [1971] F.C. 73 (C.A.); *Ferrow v. Minister of Employment and Immigration*, [1983] 1 F.C. 679; (1983), 144 D.L.R. (3d) 364; [1983] 3 W.W.R. 289; 46 N.R. 299 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Tignish Auto Parts Inc. v. Minister of National Revenue* (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 1; 185 N.R. 73 (F.C.A.); *Attorney General of Canada (The) v. Cylien*, [1973] F.C. 1166; (1973), 43 D.L.R. (3d) 590 (C.A.); *British Columbia Packers Limited v. Canada Labour Relations Board*, [1973] F.C. 1194 (C.A.); *Anti-dumping Act (In re) and in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, [1974] 1 F.C. 22; (1974), 1 N.R. 422 (C.A.).

APPLICATION for judicial review of a decision of a Deputy Judge of the Tax Court of Canada (*Schnurer v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1996] T.C.J. No. 291 (QL)) that, on appeal of a determination that the respondent's late husband had not been engaged in insurable employment, the Minister could not proceed on the basis

N.R. 422 (C.A.) (quant aux considérations de principes pertinentes qui entrent en jeu concernant la compétence de la Cour d'appel fédérale en matière de contrôle judiciaire); *Barrette c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [1994] A.C.F. n° 499 (C.A.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Doucet* (1993), 172 N.R. 374 (C.A.F.); *Martin Service Station Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 2 R.C.S. 996; (1976), 67 D.L.R. (3d) 294; 76 CLLC 14,022; 9 N.R. 257; *Can. (P.G.) c. Skyline Cabs (1982) Ltd.*, [1986] 5 W.W.R. 16; (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 296; 11 C.C.E.L. 292; 86 CLLC 14,047; 70 N.R. 210 (C.A.F.); *Maynard c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 92-252 (UI), juge Margeson, J.C.C.I., jugement en date du 30-10-92, C.C.I., non publié; *Vammen c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [1994] A.C.I. n° 827 (QL); *Ministre du Revenu national c. Visan*, [1983] 1 C.F. 820; (1983), 144 D.L.R. (3d) 310; 83 CLLC 14,024; 46 N.R. 494 (C.A.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Szczecka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 116 D.L.R. (4th) 333; 25 Imm. L.R. (2d) 70; 170 N.R. 58 (C.A.F.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*National Indian Brotherhood c. Juneau (N° 2)*, [1971] C.F. 73 (C.A.); *Ferrow c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1983] 1 C.F. 679; (1983), 144 D.L.R. (3d) 364; [1983] 3 W.W.R. 289; 46 N.R. 299 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Tignish Auto Parts Inc. c. Ministre du Revenu national* (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 1; 185 N.R. 73 (C.A.F.); *Procureur général du Canada (Le) c. Cylien*, [1973] C.F. 1166; (1973), 43 D.L.R. (3d) 590 (C.A.); *British Columbia Packers Limited c. Conseil canadien des relations du travail*, [1973] C.F. 1194 (C.A.); *La Loi antidumping (In re) et in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, [1974] 1 C.F. 22; (1974), 1 N.R. 422 (C.A.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision d'un juge suppléant de la Cour canadienne de l'impôt (*Schnurer c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [1996] A.C.I. n° 291 (QL)) statuant que, dans le cadre de l'appel formé à l'encontre d'un règlement selon lequel l'époux décédé de l'intimée n'occupait pas un emploi assurable, le ministre ne

that the determination relied upon both paragraphs 3(1)(a) and 3(2)(c) of the *Unemployment Insurance Act* because, in essence, such a determination would require mutually exclusive findings of fact. Application allowed.

## COUNSEL:

*H. C. Turner* for applicant.  
No one appearing for respondent.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Macleod Dixon*, Calgary, for respondent.

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

- 1 ISAAC C.J.: This is an application for judicial review pursuant to subsection 28(1) of the *Federal Court Act*<sup>1</sup> of a decision of a Deputy Judge of the Tax Court of Canada, pronounced on 20 March 1996 [[1996] T.C.J. No. 291 (QL)]. The decision relates to an appeal from a determination of the Minister of National Revenue (the Minister) that the respondent's now deceased husband, Joseph Schnurer, was not engaged in "insurable employment" within the meaning of the *Unemployment Insurance Act*.<sup>2</sup>

FACTS

- 2 By letter dated 22 July 1994, an insurance agent of Human Resources Development Canada informed Kurves by Design Inc., the payor corporation, that its employment of Joseph Schnurer was not insurable under the *Unemployment Insurance Act*. On 10 August 1994, Kurves by Design Inc. filed a CPT 101 form, requesting, in accordance with section 61 [as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 37; 1993, c. 24, s. 152] of the Act, that the Minister determine whether Mr. Schnurer was engaged in insurable employment during the periods: 1 June to 30 October, 1992; 25 May to 31 October, 1993; and 1 January to 8 March, 1994.

peut faire valoir que son règlement s'appuie sur les deux alinéas 3(1)a) et 3(2)c) de la *Loi sur l'assurance-chômage* parce que, essentiellement, un tel règlement exige des conclusions de fait s'excluant mutuellement. Demande accueillie.

## AVOCATS:

*H. C. Turner* pour la requérante.  
Personne n'a comparu pour l'intimée.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour la requérante.  
*Macleod Dixon*, Calgary, pour l'intimée.

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

- 1 LE JUGE EN CHEF ISAAC: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire, fondée sur le paragraphe 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>1</sup>, d'une décision d'un juge suppléant de la Cour canadienne de l'impôt, rendue le 20 mars 1996 [[1996] A.C.I. n° 291 (QL)]. La décision a trait à un appel interjeté à l'encontre du règlement d'une question par le ministre du Revenu national (le ministre) concluant que l'époux de l'intimée maintenant décédé, Joseph Schnurer, n'avait pas d'«emploi assurable» au sens de la *Loi sur l'assurance-chômage*.<sup>2</sup>

LES FAITS

- 2 Dans une lettre en date du 22 juillet 1994, un agent d'assurance de Développement des ressources humaines Canada a informé Kurves by Design Inc., la société payeuse, que l'emploi de Joseph Schnurer n'était pas assurable aux termes de la *Loi sur l'assurance-chômage*. Le 10 août 1994, Kurves by Design Inc. a produit une formule CPT 101, demandant, conformément à l'article 61 [mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 37; 1993, ch. 24, art. 152] de la Loi, que le ministre règle la question de savoir si M. Schnurer exerçait un emploi assurable au cours des périodes suivantes: du 1<sup>er</sup> juin au 30 octobre 1992; du 25 mai au 31 octobre 1993; et du 1<sup>er</sup> janvier au 8 mars 1994.

3 By letters dated 4 November 1994, the Minister notified Kurves by Design Inc. and Mr. Schnurer that the latter's employment was not insurable. The Minister gave two reasons for this determination. Firstly, the Minister stated that Mr. Schnurer and Kurves by Design Inc. had not been dealing with each other at arm's length. The Minister was not satisfied that a substantially similar contract of employment would have been entered into had they been dealing with each other at arm's length. Therefore, Mr. Schnurer's employment was "excepted employment" within the meaning of paragraph 3(2)(c) [as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 2] of the *Unemployment Insurance Act*. Secondly, the definition of "insurable employment" in paragraph 3(1)(a) requires that employment be under an express or implied contract of service. The Minister further determined that Mr. Schnurer was not employed pursuant to a contract of service and was therefore not an insurable employee of Kurves by Design Inc. Paragraphs 3(1)(a) and 3(2)(c) of the Act read:

3. (1) Insurable employment is employment that is not included in excepted employment and is

(a) employment in Canada by one or more employers, under any express or implied contract of service or apprenticeship, written or oral, whether the earnings of the employed person are received from the employer or some other person and whether the earnings are calculated by time or by piece, or partly by time and partly by time, or otherwise;

...

(2) Excepted employment is

...

(c) subject to paragraph (d), employment where the employer and employee are not dealing with each other at arm's length and, for the purposes of this paragraph,

(i) the question of whether persons are not dealing with each other at arm's length shall be determined in accordance with the provisions of the *Income Tax Act*, and

(ii) where the employer is, within the meaning of that Act, related to the employee, they shall be deemed to deal with each other at arm's length if the Minister of National Revenue is satisfied that, having regard to all the circumstances of the employment, including the remuneration paid, the terms and conditions, the duration and the nature and importance of the work

Dans des lettres datées du 4 novembre 1994, le ministre a avisé Kurves by Design Inc. et M. Schnurer que l'emploi de celui-ci n'était pas assurable. Le ministre a motivé son règlement par deux raisons. Tout d'abord, le ministre a déclaré que M. Schnurer et Kurves by Design Inc. avaient entre eux un lien de dépendance. Le ministre n'était pas convaincu qu'un contrat de travail à peu près semblable aurait été conclu si les deux parties n'avaient pas été liées. Par conséquent, l'emploi de M. Schnurer était un «emploi exclu» au sens de l'alinéa 3(2)c) [mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 2] de la *Loi sur l'assurance-chômage*. Deuxièmement, la définition de l'expression «emploi assurable» à l'alinéa 3(1)a) exige que l'emploi soit exercé en vertu d'un contrat de louage de services exprès ou tacite. Le ministre a conclu que M. Schnurer n'avait pas été embauché en vertu d'un contrat de louage de services et qu'il n'exerçait donc pas un emploi assurable chez Kurves by Design Inc. Les alinéas 3(1)a) et 3(2)c) de la Loi sont rédigés dans les termes suivants:

3

3. (1) Un emploi assurable est un emploi non compris dans les emplois exclus et qui est, selon le cas:

a) un emploi exercé au Canada pour un ou plusieurs employeurs, en vertu d'un contrat de louage de services ou d'apprentissage exprès ou tacite, écrit ou verbal, que l'employé reçoive sa rémunération de l'employeur ou d'une autre personne et que la rémunération soit calculée soit au temps ou aux pièces, soit en partie au temps et en partie aux pièces, soit de toute autre manière;

...

(2) Les emplois exclus sont les suivants:

...

c) sous réserve de l'alinéa d), tout emploi lorsque l'employeur et l'employé ont entre eux un lien de dépendance, pour l'application du présent alinéa:

(i) la question de savoir si des personnes ont entre elles un lien de dépendance étant déterminée en conformité avec la *Loi de l'impôt sur le revenu*,

(ii) l'employeur et l'employé, lorsqu'ils sont des personnes liées entre elles, au sens de cette loi, étant réputés ne pas avoir de lien de dépendance si le ministre du Revenu national est convaincu qu'il est raisonnable de conclure, compte tenu de toutes les circonstances, notamment la rétribution versée, les modalités d'emploi ainsi que la durée, la nature et

performed, it is reasonable to conclude that they would have entered into a substantially similar contract of employment if they had been dealing with each other at arm's length;

l'importance du travail accompli, qu'ils auraient conclu entre eux un contrat de travail à peu près semblable s'ils n'avaient pas eu un lien de dépendance;

4 By notice of appeal filed on 27 January 1995, Mr. Schnurer appealed the Minister's determination to the Tax Court of Canada pursuant to section 70 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 23, S.C. 1993, c. 27, s. 228] of the Act. The appeal came on for hearing before the Deputy Tax Court Judge on 1 November 1995. Prior to hearing any evidence with respect to the appeal, the Deputy Tax Court Judge raised a preliminary question of law as to whether the Minister could rely upon both paragraph 3(1)(a) and paragraph 3(2)(c) of the Act for his (now her) determination.

4 Dans un avis d'appel déposé le 27 janvier 1995, M. Schnurer a contesté le règlement du ministre devant la Cour canadienne de l'impôt conformément à l'article 70 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 51, art. 23; L.C. 1993, ch. 27, art. 228] de la Loi. L'appel a été entendu devant le juge suppléant de la Cour de l'impôt le 1<sup>er</sup> novembre 1995. Avant d'entendre la preuve concernant l'appel, le juge suppléant de la Cour de l'impôt a soulevé une question préliminaire de droit quant à savoir si le ministre (maintenant la ministre) pouvait s'appuyer à la fois sur l'alinéa 3(1)a) et sur l'alinéa 3(2)c) de la Loi pour régler la question.

#### DECISION OF THE TAX COURT

#### DÉCISION DE LA COUR DE L'IMPÔT

5 The Deputy Tax Court Judge held that, on an appeal from a determination, the Minister cannot proceed on the basis that the determination relies upon both paragraphs 3(1)(a) and 3(2)(c) because, in essence, such a determination would require mutually exclusive findings of fact. According to the Deputy Tax Court Judge, in order for the Minister to even consider whether or not Mr. Schnurer's employment was "excepted employment" within the meaning of paragraph 3(2)(c), the Minister must have (or ought to have) concluded that Mr. Schnurer had been employed pursuant to a contract of service. Therefore, the Minister's second ground for concluding that Mr. Schnurer's employment was not insurable—that he had not been employed under a contract of service—did not make sense in conjunction with the Minister's first ground that Mr. Schnurer's employment was excepted under paragraph 3(2)(c). In my view, the dispositive reasons of the Deputy Tax Court Judge are best summarized by reference to the following passage from his reasons for decision:

5 Le juge suppléant de la Cour de l'impôt a statué que, dans le cas d'un appel interjeté à l'encontre d'un règlement, le ministre ne peut faire valoir que son règlement se fonde à la fois sur l'alinéa 3(1)a) et sur l'alinéa 3(2)c) parce que, essentiellement, un tel règlement exige des conclusions de faits s'excluant mutuellement. Selon lui, pour que le ministre puisse même se demander si l'emploi de M. Schnurer était ou non un «emploi exclu», au sens de l'alinéa 3(2)c), il doit avoir conclu (ou aurait dû conclure) que M. Schnurer avait été embauché en vertu d'un contrat de louage de services. Par conséquent, le deuxième motif invoqué par le ministre pour conclure que l'emploi de M. Schnurer n'était pas assurable—c'est-à-dire qu'il n'avait pas été embauché en vertu d'un contrat de louage de services—n'est pas compatible avec le premier motif retenu selon lequel l'emploi de M. Schnurer était un emploi exclu aux termes de l'alinéa 3(2)c). À mon avis, le passage suivant tiré des motifs de la décision du juge suppléant de la Cour de l'impôt résume bien le dispositif de la question:

... I conclude that the Minister, on an appeal from a determination, cannot proceed on the basis that decisions based upon both paragraphs 3(1)(a) and 3(2)(c) can be included in the same determination of the question put to him. The reason for so deciding is that in order for the Minister to have come to the conclusion the appellant was

... je conclus que le ministre, dans le cas d'un appel interjeté à l'encontre d'un règlement, ne peut inclure des décisions fondées à la fois sur l'alinéa 3(1)a) et sur l'alinéa 3(2)c) dans le même règlement de la question dont il est saisi. La raison de ma conclusion est que le ministre, pour pouvoir conclure que l'appelant occupait un emploi

in excepted employment by reason of not having been satisfied in accordance with subparagraph 3(2)(c)(ii), the Minister clearly had to find, for the purposes of his analysis, that there was a contract of employment in existence between the appellant and Kurves By Design Inc. I find that as a matter of law he must have found or ought to have found that a contract of service existed so that it resulted in employment which carried with it certain indicia that he examined and then compared to another employment relationship as he perceived it would exist between unrelated persons. Having done so, or recognizing that he ought to have done so, it is not possible, in law, for him then to proceed and find there was no insurable employment because there was no contract of service between the appellant and his employer.<sup>3</sup>

exclu parce qu'il n'avait pas été convaincu conformément au sous-alinéa 3(2)c)(ii), devait manifestement juger, pour les besoins de son analyse, qu'il existait un contrat de louage de services entre l'appelant et Kurves By Design Inc. J'estime que, en droit, le ministre a ou aurait dû juger qu'il existait un contrat de louage de services, de manière que cela donne lieu à un emploi, lequel présentait certaines caractéristiques qu'il a examinées, puis comparées à une situation d'emploi hypothétique entre des personnes non liées. Ayant procédé ainsi, ou en reconnaissant qu'il aurait dû procéder ainsi, le ministre ne peut plus ensuite, en droit, conclure qu'il n'y avait pas d'emploi assurable au motif qu'il n'existait pas de contrat de louage de services entre l'appelant et son employeur<sup>3</sup>.

6 The Deputy Tax Court Judge ordered that the appeal be re-scheduled, and directed the Minister to reconsider her position and, prior to the taking of any evidence, advise the respondent and the Court which one of the two reasons contained in the determination of 4 November 1994 would be relied upon. The applicant then brought this application for judicial review of the decision of the Deputy Tax Court Judge.

6 Le juge suppléant de la Cour de l'impôt a ordonné que l'appel soit remis au rôle des audiences et a enjoint à la ministre de réexaminer sa position et, avant d'entendre la preuve, d'aviser l'intimée et la Cour de celui des deux motifs énoncés dans le règlement du 4 novembre 1994 sur lequel elle s'appuiera. La requérante a ensuite présenté cette demande de contrôle judiciaire de la décision du juge suppléant de la Cour de l'impôt.

### ANALYSIS

### L'ANALYSE

7 There is an issue in this case as to whether or not the impugned decision is an appropriate one for judicial review since it is a decision on a preliminary question of law and, as such, it did not dispose of the respondent's main appeal under the *Unemployment Insurance Act*.

7 En l'espèce, il faut d'abord se demander si la décision contestée est susceptible de révision étant donné qu'il s'agit d'une décision sur une question préliminaire de droit qui ne règle pas définitivement l'appel principal de l'intimée en vertu de la *Loi sur l'assurance-chômage*.

8 Prior to the 1990 amendments,<sup>4</sup> section 28 of the *Federal Court Act* specified that applications for judicial review could be sought in respect of a "decision or order" of a federal administrative tribunal. In *National Indian Brotherhood v. Juneau (No. 2)*,<sup>5</sup> Jackett C.J. of this Court interpreted these words to mean the ultimate decision of the tribunal, and not the many decisions or orders that a tribunal may make during the process leading up to the ultimate disposition of a matter. He stated:

8 Avant les modifications de 1990<sup>4</sup>, l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* précisait que les demandes de contrôle judiciaire pouvaient porter sur une «décision ou une ordonnance» d'un office, d'une commission ou d'un autre tribunal fédéral. Dans l'arrêt *National Indian Brotherhood c. Juneau (n° 2)*<sup>5</sup>, le juge en chef Jackett de la présente Cour a jugé que ces mots désignaient la décision ultime du tribunal, et non pas les nombreuses décisions ou ordonnances qu'un tribunal peut rendre pendant le déroulement de la procédure qui mène au règlement définitif d'une affaire. Il a déclaré ce qui suit:

I do not pretend to have formulated any view as to what the words "decision or order" mean in the context of s.

Je ne prétends pas avoir formulé d'opinion quant au sens des termes «décision ou ordonnance» dans le con-



28(1), but it does seem to me that what is meant is the ultimate decision or order taken or made by the tribunal under its statute and not the myriad of incidental orders or decisions that must be made in the process of getting to the ultimate disposition of a matter.<sup>6</sup>

texte de l'art. 28(1), mais il me semble que l'on peut dire qu'il s'agit d'une décision ou ordonnance ultime prise ou rendue par le tribunal en vertu de sa constitution et non pas la myriade d'ordonnances ou de décisions accessoires qui doivent être rendues avant de trancher définitivement l'affaire<sup>6</sup>.

9 In *Ferrow v. Minister of Employment and Immigration*, this Court recognized that Jackett C.J.'s interpretation of "decision or order" had become the law.<sup>7</sup> Later authorities, however, departed from this relatively narrow reading of the Court's jurisdiction under section 28. See, for example, *VIA Rail Canada Inc. v. Butterill*,<sup>8</sup> *Armada Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act)*,<sup>9</sup> and *Brennan v. The Queen*.<sup>10</sup> In these cases, this Court was of the view that, where a decision is finally determinative of the substantive rights of a party, the Court may entertain an application for judicial review in respect of that decision even though it may not be the ultimate decision of the tribunal. In *Mahabir v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>11</sup> Mahoney J.A. explained the Court's judicial review jurisdiction as follows:

Dans l'arrêt *Ferrow c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, la Cour a reconnu que l'interprétation donnée par le juge en chef Jackett des mots «décision ou ordonnance» était l'expression du droit en vigueur<sup>7</sup>. Des décisions subséquentes, toutefois, se sont écartées de cette interprétation relativement restreinte de la compétence conférée à la Cour par l'article 28. Voir, par exemple, *VIA Rail Canada Inc. c. Butterill*<sup>8</sup>; *Armada Communications Ltd. c. Arbitre (Loi sur l'immigration)*<sup>9</sup>; et *Brennan c. La Reine*<sup>10</sup>. Dans ces affaires, la présente Cour a émis l'avis que, lorsqu'une décision règle définitivement les droits fondamentaux d'une partie, la Cour peut entendre une demande de contrôle judiciaire concernant cette décision même s'il ne s'agit pas de la décision ultime du tribunal. Dans l'arrêt *Mahabir c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>11</sup>, le juge Mahoney, J.C.A., a expliqué la compétence de la Cour en matière de contrôle judiciaire dans les termes suivants:

A decision is reviewable under section 28 not only, as held by the earlier jurisprudence, if it is the decision the tribunal has been mandated by Parliament to make, but also if it is a final decision that disposes of a substantive question before the tribunal.

Une décision est susceptible de révision aux termes de l'article 28 non seulement, comme la jurisprudence antérieure l'a énoncé, s'il s'agit d'une décision que, par ordre du Parlement, le tribunal est tenu de rendre, mais aussi s'il s'agit d'une décision définitive qui tranche une question fondamentale soumise au tribunal.

10 The words "decision or order" are no longer specified in subsection 28(1) of the *Federal Court Act*. Paragraph 28(1)(l) states simply that this Court "has jurisdiction to hear and determine applications for judicial review made in respect of . . . (l) the Tax Court of Canada". The language used in section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5], which applies to this Court by virtue of subsection 28(2), is similarly broad. Subsection 18.1(1) states that "An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought." In my view, sections 18 [as am. *idem*, s. 4], 18.1 to 18.5 [ss. 18.2-18.5, as enacted *idem*, s. 5],

Les mots «décision ou ordonnance» ne sont plus utilisés au paragraphe 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. L'alinéa 28(1)l) indique simplement que la Cour «a compétence pour connaître des demandes de contrôle judiciaire visant . . . l) la Cour canadienne de l'impôt». Les mots utilisés à l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5], qui s'appliquent à la présente Cour du fait du paragraphe 28(2), ont un sens aussi large. Le paragraphe 18.1(1) dispose comme suit: «Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande». À mon avis, les articles 18, 18.1 à 18.5 [art. 18.2 à 18.5, édictés, *idem*, art. 5] et

and 28 of the current *Federal Court Act* confirm the view expressed in these later authorities that the judicial review jurisdiction of the Court extends beyond a review of the ultimate decision of a federal board, commission, or other tribunal.

- 11 Notwithstanding the broad wording of these provisions, however, this Court must exercise its discretionary jurisdiction to entertain judicial review applications strictly in accordance with the object of sections 18 and 28 of the *Federal Court Act*. Applications for judicial review should not be allowed to frustrate and delay federal tribunals in the proper exercise of their statutory jurisdiction. Although rendered prior to the 1990 amendments, the following statement by Jackett C.J. in *Anti-dumping Act (In re) and in re Danmor Shoe Co. Ltd.*,<sup>12</sup> and reaffirmed by MacGuigan J.A. in *Brennan v. The Queen*,<sup>13</sup> provides an accurate summary of the relevant policy considerations at play.

In my view, the object of sections 18 and 28 of the *Federal Court Act* is to provide a speedy and effective judicial supervision of the work of federal boards, commissions and other tribunals with a minimum of interference with the work of those tribunals. Applying section 11 of the *Interpretation Act*, with that object in mind, to the question raised by these section 28 applications, it must be recognized that the lack of a right to have the Court review the position taken by a tribunal as to its jurisdiction or as to some procedural matter, at an early stage in a hearing, may well result, in some cases, in expensive hearings being abortive. On the other hand, a right, vested in a party who is reluctant to have the tribunal finish its job, to have the Court review separately each position taken, or ruling made, by a tribunal in the course of a long hearing would, in effect, be a right vested in such a party to frustrate the work of the tribunal.

- 12 It was these policy considerations which led this Court, in *Szczecka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>14</sup> to conclude that, absent special circumstances, there should not be any appeal or immediate judicial review of an interlocutory decision under section 28. The *Szczecka* decision was based upon section 28 as currently enacted.

28 de la *Loi sur la Cour fédérale* actuellement en vigueur confirment l'opinion exprimée dans les autorités plus récentes selon laquelle la compétence de la Cour en matière de contrôle judiciaire s'étend au-delà de la révision d'une décision finale d'un office fédéral.

- 11 Malgré le sens large des termes utilisés dans la rédaction de ces dispositions, la Cour doit exercer sa compétence discrétionnaire pour entendre des demandes de contrôle judiciaire en se conformant strictement à l'objet des articles 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Les demandes de contrôle judiciaire ne doivent pas être accueillies pour entraver et retarder l'exercice approprié par les offices fédéraux de la compétence qui leur est conférée par la loi. Bien qu'ils soient antérieurs aux modifications apportées en 1990, les propos suivants du juge en chef Jackett dans l'arrêt *La Loi antidumping (In re) et in re Danmor Shoe Co. Ltd.*<sup>12</sup> et réaffirmés par le juge MacGuigan, J.C.A. dans *Brennan c. La Reine*<sup>13</sup>, résument avec justesse les considérations de principes qui entrent en jeu:

À mon avis, le but des articles 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* est de fournir un contrôle judiciaire rapide et efficace des travaux des offices, commissions ou autres tribunaux fédéraux avec une ingérence minimale dans ces travaux. Si, en tenant compte de ce point de vue, on applique l'article 11 de la *Loi d'interprétation* à la question soulevée par les demandes fondées sur l'article 28, il faut reconnaître que le fait que la Cour n'a pas le pouvoir d'examiner la position prise par un tribunal quant à sa propre compétence ou quant à des questions de procédure au tout début de l'audience peut entraîner, dans certains cas, la tenue d'auditions coûteuses qui seraient sans issue. Par contre, si une des parties, peu désireuse de voir le tribunal s'acquitter de sa tâche, avait le droit de demander à la Cour d'examiner séparément chaque position prise ou chaque décision rendue par un tribunal, lors de la conduite d'une longue audience, elle aurait en fait le droit de faire obstacle au tribunal.

- 12 Ce sont ces considérations de principes qui ont amené la présente Cour, dans *Szczecka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>14</sup>, à conclure qu'en l'absence de circonstances spéciales il ne doit pas y avoir d'appel ou de contrôle judiciaire immédiat d'une décision interlocutoire prise aux termes de l'article 28. La décision *Szczecka* s'appuyait sur l'article 28 actuel.

13 In my view, however, it is appropriate for this Court to hear an application for judicial review of the decision of the Deputy Tax Court Judge in this case. While it did not finally dispose of the respondent's main appeal under the *Unemployment Insurance Act*, the impugned decision would deprive the applicant of the ability to make arguments in the alternative when the main appeal is heard. It therefore effectively disposes of one of the two substantive grounds advanced in support of the Minister's determination. Because either one of these grounds could be determinative of the main appeal, I am of the view that it is appropriate at this stage to hear the application for judicial review.

14 The applicant alleges that the Deputy Tax Court Judge made a number of errors in his decision. Firstly, that the Deputy Tax Court Judge improperly refused to exercise his jurisdiction under section 70 of the Act when he declined to hear and decide the appeal on its merits, and instead ruled that the applicant was not allowed to make submissions on both of the Minister's grounds for the determination that Mr. Schnurer's employment was not insurable. Secondly, on an appeal from a determination by the Minister, subsection 70(2) requires that the Deputy Tax Court Judge either vacate, confirm or vary the determination. In *Tignish Auto Parts Inc. v. Minister of National Revenue*,<sup>15</sup> this Court recently confirmed that subsection 70(2) does not permit the Tax Court to refer a matter back to the Minister for redetermination. The applicant contends, therefore, that the Deputy Tax Court Judge exceeded his statutory jurisdiction in this case by, in effect, issuing a declaration that the Minister's determination was defective and directing that the Minister reconsider the matter and return to Court with a position which could rely upon paragraph 3(1)(a) or paragraph 3(2)(c), but not both. Finally, the applicant contends that the Deputy Tax Court Judge erred in law in concluding that the applicant cannot rely upon both paragraphs 3(1)(a) and 3(2)(c) in responding to an appeal from the Minister's determination.

13 Toutefois, à mon avis, il est approprié en l'espèce que la Cour entende la demande de contrôle judiciaire de la décision du juge suppléant de la Cour de l'impôt. Bien que cette décision n'ait pas réglé définitivement l'appel principal de l'intimée en vertu de la *Loi sur l'assurance-chômage*, elle pourrait priver la requérante de la possibilité de présenter des arguments subsidiaires lors de l'audition de l'appel principal. Par conséquent, cette décision a effectivement éliminé l'un des deux motifs fondamentaux invoqués par le ministre pour justifier son règlement. Étant donné que l'issue de l'appel principal peut dépendre de l'un ou de l'autre de ces motifs, je suis d'avis qu'il est approprié à cette étape d'entendre la demande de contrôle judiciaire.

14 La requérante allègue que le juge suppléant de la Cour de l'impôt a commis plusieurs erreurs dans sa décision. Tout d'abord, il a refusé à tort d'exercer sa compétence aux termes de l'article 70 de la Loi quand il a décidé de ne pas entendre les arguments et de ne pas trancher l'appel sur le fond, se contentant de statuer que la requérante n'était pas autorisée à présenter des observations fondées sur les deux motifs sur lesquels le ministre s'est appuyé pour conclure que l'emploi de M. Schnurer n'était pas assurable. Deuxièmement, dans le cas d'un appel interjeté à l'encontre d'un règlement du ministre, le paragraphe 70(2) exige que le juge de la Cour de l'impôt infirme, confirme ou modifie le règlement en question. Dans l'arrêt *Tignish Auto Parts Inc. c. Ministre du Revenu national*<sup>15</sup>, la Cour a récemment confirmé que le paragraphe 70(2) ne permet pas à la Cour de l'impôt de renvoyer une question au ministre pour réexamen. La requérante prétend donc que le juge suppléant de la Cour de l'impôt a outrepassé sa compétence légale en l'espèce en déclarant, en fait, que le règlement de la question par le ministre était vicié et en enjoignant au ministre de réexaminer la question et de se représenter devant la Cour après avoir décidé de s'appuyer sur l'alinéa 3(1)a) ou sur l'alinéa 3(2)c), mais pas sur les deux. Finalement, la requérante prétend que le juge suppléant de la Cour de l'impôt a commis une erreur de droit en concluant que la requérante ne peut s'appuyer à la fois sur l'alinéa 3(1)a) et sur l'alinéa 3(2)c) pour contester un appel interjeté à l'encontre du règlement de la question par le ministre.

15 The applicant's contentions with respect to the circumscribed jurisdiction of the Deputy Tax Court Judge in a section 70 appeal have much force. However, in view of my conclusion on the issue of an error of law, I do not find it necessary to deal with the jurisdictional arguments in order to dispose of this appeal.

16 In my respectful opinion, the Deputy Tax Court Judge erred in law in concluding that the applicant could not rely upon both paragraphs 3(1)(a) and 3(2)(c) in responding to the appeal from the Minister's determination. The authorities in this Court clearly establish that in a section 70 appeal, the Tax Court must focus on the validity of the Minister's determination, and not on the validity of the Minister's specific reasons, or the subsections of the *Unemployment Insurance Act* relied upon, for that determination. As stated by Desjardins J.A. in *Barrette v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, "What is important is the conclusion arrived at by the Minister, not the sections of the Act on which he relied."<sup>16</sup> Similarly, in *Canada (Attorney General) v. Doucet*, Marceau J.A. stated the following:

It is the Minister's determination which was at issue before the judge, and that determination was strictly that the employment was not insurable. The judge had the power and duty to consider any point of fact or law that had to be decided in order for him to rule on the validity of that determination. This is assumed by s. 70(2) of the Act . . . and s. 71(1) of the Act . . . so provides immediately afterwards, and this is also the effect of the rules of judicial review and appeal, which require that the gist of a judgment, which is all that is directly at issue, should not be confused with the reasons given in support of it.<sup>17</sup>

17 On appeal, the Deputy Tax Court Judge is obliged to review the validity of the Minister's determination based upon all of the submissions of the parties. The Minister's determination rests upon the assumed facts as outlined in the applicant's reply to the notice of appeal. These facts, if not disproved, might lead the Tax Court, on appeal, to conclude that Mr. Schnurer's employment was not insurable either

15 Les arguments de la requérante concernant la compétence restreinte du juge suppléant de la Cour de l'impôt dans le cadre d'un appel fondé sur l'article 70 sont très convaincants. Toutefois, au vu de ma conclusion sur l'erreur de droit, il n'est pas nécessaire de traiter de ces arguments pour régler le présent appel.

16 Avec respect, je suis d'avis que le juge suppléant de la Cour de l'impôt a commis une erreur de droit en concluant que la requérante ne pouvait s'appuyer à la fois sur l'alinéa 3(1)a) et sur l'alinéa 3(2)c) pour répondre à l'appel formé à l'encontre du règlement de la question par le ministre. La jurisprudence établie par la présente Cour démontre clairement que, dans le cadre d'un appel fondé sur l'article 70, la Cour de l'impôt doit s'attacher à la validité du règlement du ministre et non pas à la validité des motifs précis invoqués par le ministre, ou aux paragraphes de la *Loi sur l'assurance-chômage* sur lesquels il s'appuie pour régler la question. Comme l'a indiqué le juge Desjardins, J.C.A. dans *Barrette c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, «Ce qui importe est la conclusion à laquelle en arrive le ministre et non les articles de la Loi sur lesquels il s'appuie»<sup>16</sup>. De même, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Doucet*, le juge Marceau, J.C.A. déclare ce qui suit:

C'est la détermination du ministre qui était mise en cause devant le juge, et cette détermination était strictement à l'effet que l'emploi n'était pas assurable. Le juge avait le pouvoir et le devoir d'examiner toute question de fait ou de droit qu'il était nécessaire de décider pour se prononcer sur la validité de cette détermination. Ainsi le présuppose le paragraphe 70(2) de la Loi . . . et le prévoit, dès après, le paragraphe 71(1) de la Loi . . . qui le suit, et ainsi le veulent d'ailleurs les principes de révision judiciaire et d'appel qui exigent de ne pas confondre le dispositif d'une décision qui seul est directement remis en question et les motifs invoqués à son soutien<sup>17</sup>.

17 Dans une procédure d'appel, le juge suppléant de la Cour de l'impôt est tenu d'examiner la validité du règlement du ministre en s'appuyant sur toutes les observations formulées par les parties. Le règlement du ministre s'appuie sur les faits présumés tels qu'ils sont énoncés dans la réponse de la requérante à l'avis d'appel. Ces faits, s'ils ne sont pas réfutés, peuvent amener la Cour de l'impôt à conclure en

because Mr. Schnurer was not an employee under a contract of service (paragraph 3(1)(a)) or because the nature of Mr. Schnurer's relationship with the payor corporation, although a contract of service, was such that it was not substantially similar to a contract between parties dealing at arm's length and therefore should remain "excepted employment" (paragraph 3(2)(c)). The determination by the Deputy Tax Court Judge on the preliminary question of law, however, would preclude the Tax Court from deciding all of the points of fact and law necessary to assess the validity of the Minister's determination when the section 70 appeal is heard. For these reasons, I am respectfully of the view that the Deputy Tax Court Judge erred in law in finding that the applicant could not defend the Minister's determination on the basis of these two alternative grounds.

18 In reaching this conclusion, I am not unmindful of the fact that, because of this Court's decision in *Tignish, supra*, the two grounds advanced by the Minister in this case must be assessed according to different standards of review. In *Tignish, supra*, this Court held that, where an employer and employee are not at arm's length, the Minister's determination under subparagraph 3(2)(c)(ii) that they would not have entered into a similar contract of service had they been at arm's length, is a discretionary determination subject to a high standard of review on appeal to the Tax Court. In essence, if the Minister has given sufficient weight to all of the relevant factors related to the employment relationship, the Tax Court is not at liberty to overrule the Minister's decision under subparagraph 3(2)(c)(ii) merely because it would have come to a different conclusion. The Minister's decision under paragraph 3(1)(a), on the other hand, is quasi-judicial and therefore subject to *de novo* review by the Tax Court. The different standards of review which apply to these sections, however, do not in any way preclude the applicant from advancing both as grounds, in the alternative, in support of the Minister's determination. Faced with this class of

appel que l'emploi de M. Schnurer n'était pas assurable soit parce que M. Schnurer n'était pas un employé visé par un contrat de louage de services (alinéa 3(1)a) soit parce que la nature du lien entre M. Schnurer et la société payeuse, même dans le cadre d'un contrat de louage de services, était telle que ce contrat n'était pas à peu près semblable à un contrat conclu entre des parties non liées et que cet emploi devrait donc demeurer «un emploi exclu» (alinéa 3(2)c)). La décision du juge suppléant de la Cour de l'impôt sur la question préliminaire de droit, toutefois, empêcherait la Cour de l'impôt de se prononcer sur tous les points de fait et de droit nécessaires pour évaluer la validité du règlement de la question par le ministre lorsque l'appel fondé sur l'article 70 sera entendu. Pour ces motifs, je suis d'avis que le juge suppléant de la Cour de l'impôt a commis une erreur de droit en concluant que la requérante ne pouvait défendre la manière dont le ministre a réglé la question en s'appuyant sur ces deux motifs subsidiaires.

En arrivant à cette conclusion, je suis bien conscient que, en raison de la décision de la présente Cour dans *Tignish*, précité, les deux motifs invoqués par le ministre en l'espèce doivent être évalués selon des normes de révision différentes. Dans l'arrêt *Tignish*, précité, la Cour a conclu que, lorsqu'un employeur et un employé sont des personnes liées, le règlement de la question par le ministre fondé sur le sous-alinéa 3(2)c)(ii) selon lequel ils n'auraient pas conclu un contrat de louage de services semblable s'il n'y avait pas eu de lien entre eux, est une décision discrétionnaire assujettie à une norme de révision élevée dans une procédure d'appel devant la Cour de l'impôt. Essentiellement, si le ministre a accordé suffisamment de poids à tous les facteurs pertinents ayant trait au lien d'emploi, la Cour de l'impôt ne peut en toute liberté annuler la décision du ministre aux termes du sous-alinéa 3(2)c)(ii) simplement parce qu'elle en serait venue à une conclusion différente. La décision du ministre en vertu de l'alinéa 3(1)a, par ailleurs, est une décision quasi judiciaire, et est donc assujettie à une révision *de novo* de la part de la Cour de l'impôt. Les normes de révision différentes qui s'appliquent à ces articles, toutefois, n'empêchent aucunement la requé-

18

case, the task of the Tax Court is to review all of the evidence and consider all of the submissions of the parties in order to assess the validity of the Minister's determination, taking into account the different standards of review which apply to the alternative grounds.

19 Moreover, in my respectful view, the assumption of the Deputy Tax Court Judge that the word "employment" in paragraph 3(2)(c) necessarily means employment under a contract of service is overly restrictive, and does not accord with the overall purpose and intent of the *Unemployment Insurance Act*. I note that the definition of "employment" in subsection 2(1) of the Act is not restricted to contracts of service, but rather broadly states that it is "the act of employing or the state of being employed." In my view, the Act, as reflected in sections 3 and 4 [as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 3], is designed to create an unemployment insurance regime in which some employment in the nature of contracts of service is excluded from insurable employment, and other employment is included in insurable employment even though it is not under contracts of service. The Act, in other words, is designed to create an unemployment insurance regime which recognizes that the line between contracts of service and contracts for service is very often blurred. As stated by Beetz J. in *Martin Service Station Ltd. v. Minister of National Revenue*,<sup>18</sup> and quoted with approval by MacGuigan J.A. in *Can. (A.G.) v. Skyline Cabs (1982) Ltd.*,<sup>19</sup> "Whether they be self-employed or employed under a contract of service, taxi drivers and bus drivers for instance are exposed to the risk of being deprived of work. This risk is, in my opinion, an insurable one."

20 Once "employment" is defined in its broader sense, it can be seen that the Minister's reliance upon paragraphs 3(1)(a) and 3(2)(c), in the alternative, does not depend on mutually exclusive findings of fact. When faced with this class of case, the Tax Court must approach the analysis in two steps. First-

rante de s'appuyer, subsidiairement, sur ces deux motifs pour justifier le règlement du ministre. Dans une affaire de cette nature, le rôle de la Cour de l'impôt consiste à revoir l'ensemble de la preuve et à examiner toutes les observations formulées par les parties afin d'évaluer la validité du règlement du ministre, en tenant compte des normes de révision différentes qui s'appliquent aux motifs subsidiaires invoqués.

En outre, à mon avis, l'affirmation du juge suppléant de la Cour de l'impôt selon laquelle le mot «emploi» utilisé à l'alinéa 3(2)c) désigne nécessairement un emploi visé par un contrat de louage de services est trop restrictive, et n'est pas conforme à l'objet et à l'intention générale de la *Loi sur l'assurance-chômage*. Je note que la définition du mot «emploi» à l'article 2 de la Loi n'est pas restreinte à des contrats de louage de services, mais s'étend de façon plus globale au «fait d'employer ou [à] l'état d'employé». À mon avis, la Loi, aux articles 3 et 4 [mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 3], est conçue pour créer un régime d'assurance-chômage à l'intérieur duquel certains emplois de la nature des contrats de louage de services sont exclus des emplois assurables, alors que d'autres sont inclus dans cette catégorie même si ce n'est pas en vertu de contrats de louage de services. Autrement dit, la Loi a pour objet de créer un régime d'assurance-chômage qui reconnaît que la ligne de démarcation entre les contrats de louage de services et les contrats de services est très souvent bien tenue. Comme l'indiquait le juge Beetz dans l'arrêt *Martin Service Station Ltd. c. Ministre du Revenu national*<sup>18</sup>, qui a été cité avec approbation par le juge MacGuigan, J.C.A. dans *Can. (P.G.) c. Skyline Cabs (1982) Ltd.*<sup>19</sup>: «Qu'ils travaillent à leur propre compte ou en vertu d'un contrat de service, les conducteurs de taxi et d'autobus par exemple sont exposés au risque de manquer de travail. À mon avis, c'est là un risque assurable».

Une fois que «l'emploi» est défini dans son sens le plus large, on peut constater que la décision du ministre de s'appuyer sur l'alinéa 3(1)a) et subsidiairement sur l'alinéa 3(2)c) n'appelle pas des conclusions de fait s'excluant mutuellement. Dans ce genre d'affaire, la Cour de l'impôt doit procéder à une

19

20

ly, was there an express or implied contract of service? If not, the employment is not insurable unless it falls within one of the provisions of subsection 4(1) or a regulation enacted pursuant to subsection 4(2). Secondly, if it is employment under a contract of service or if it is otherwise insurable under section 4, is it “excepted employment” within the meaning of subsection 3(2)? See, for example, Margeson J.T.C.C.’s decision in *Maynard v. Canada (Minister of National Revenue)*<sup>20</sup> and Lamarre J.T.C.C.’s decision in *Vammen v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*<sup>21</sup>. This Court applied the same two-step approach in *Minister of National Revenue v. Visan*,<sup>22</sup> except that the order of the inquiry was inverted. But, the analytical approach that I have used does not in my respectful view yield a result which is different from that which would have been reached using the approach outlined in *Visan*.

#### DISPOSITION

21 For these reasons, I conclude that the Deputy Tax Court Judge erred in law in concluding that the applicant could not rely upon both paragraphs 3(1)(a) and 3(2)(c) of the *Unemployment Insurance Act* to defend, on appeal to the Tax Court, the Minister’s determination that Mr. Schnurer’s employment was not insurable. Therefore, I would allow the application for judicial review, and refer the matter back to another judge of the Tax Court for a hearing on the basis of the pleadings as originally filed.

PRATTE J.A.: I agree.

STONE J.A.: I agree.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8) (the *Federal Court Act*).

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. U-1, as am. (the *Unemployment Insurance Act* or the Act).

<sup>3</sup> [1996] T.C.J. No. 291 (QL), at para. 62.

<sup>4</sup> S.C. 1990, c. 8, ss. 5, 8. The amending provisions came into force February 1, 1992.

<sup>5</sup> [1971] F.C. 73 (C.A.).

analyse en deux étapes. Tout d’abord, y avait-il un contrat de louage de services exprès ou tacite? Si la réponse est négative, l’emploi n’est pas assurable à moins qu’il ne soit visé par l’une des dispositions du paragraphe 4(1) ou par un des règlements adoptés en vertu du paragraphe 4(2). Deuxièmement, s’il s’agit d’un emploi en vertu d’un contrat de louage de services ou d’un emploi autrement assurable aux termes de l’article 4, s’agit-il d’un «emploi exclu» au sens du paragraphe 3(2)? Voir, par exemple, la décision du juge Margeson de la C.C.I. dans *Maynard c. Canada (Ministre du Revenu national)*<sup>20</sup> et celle du juge Lamarre de la C.C.I. dans *Vammen c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*<sup>21</sup>. La présente Cour a utilisé la même démarche en deux étapes dans *Ministre du Revenu national c. Visan*<sup>22</sup>, si ce n’est que l’ordre des questions était inversé. Cependant, la démarche analytique que j’ai utilisée n’aboutit pas à mon avis à un résultat différent de celui auquel on serait parvenu au moyen de la démarche énoncée dans *Visan*.

#### DISPOSITIF

21 Par ces motifs, je conclus que le juge suppléant de la Cour de l’impôt a commis une erreur de droit en concluant que la requérante ne pouvait s’appuyer à la fois sur l’alinéa 3(1)a) et sur l’alinéa 3(2)c) de la *Loi sur l’assurance-chômage* pour contester, en appel devant la Cour de l’impôt, le règlement du ministre selon lequel l’emploi de M. Schnurer n’était pas assurable. Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir la demande de contrôle judiciaire, et de renvoyer l’affaire devant un autre juge de la Cour de l’impôt pour une nouvelle audition tenant compte des plaidoiries initialement déposées.

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

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

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8) (la *Loi sur la Cour fédérale*).

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), ch. U-1, et ses modifications (la *Loi sur l’assurance-chômage* ou la Loi).

<sup>3</sup> [1996] A.C.I. n° 291 (QL), au par. 62.

<sup>4</sup> L.C. 1990, ch. 8, art. 5, 8. Les modifications sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1992.

<sup>5</sup> [1971] C.F. 73 (C.A.).

<sup>6</sup> *Ibid.*, at p. 79.

<sup>7</sup> [1983] 1 F.C. 679 (C.A.). At p. 685, the Court cites numerous authorities for this proposition. See *Attorney General of Canada (The) v. Cylien*, [1973] F.C. 1166 (C.A.); *British Columbia Packers Limited v. Canada Labour Relations Board*, [1973] F.C. 1194 (C.A.); and *Anti-dumping Act (In re) and in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, [1974] 1 F.C. 22 (C.A.).

<sup>8</sup> [1982] 2 F.C. 830 (C.A.).

<sup>9</sup> [1991] 3 F.C. 242 (C.A.).

<sup>10</sup> [1984] 2 F.C. 799 (C.A.).

<sup>11</sup> [1992] 1 F.C. 133 (C.A.), at p. 140.

<sup>12</sup> [1974] 1 F.C. 22 (C.A.), at p. 34.

<sup>13</sup> *Supra*, note 10, at p. 832.

<sup>14</sup> (1993), 116 D.L.R. (4th) 333 (F.C.A.).

<sup>15</sup> (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 1 (F.C.A.) (*Tignish*).

<sup>16</sup> [1994] A.C.F. No. 499 (C.A.) (QL), at para. 2.

<sup>17</sup> (1993), 172 N.R. 374 (F.C.A.), at pp. 379-380.

<sup>18</sup> [1977] 2 S.C.R. 996, at p. 1005.

<sup>19</sup> [1986] 5 W.W.R. 16 (F.C.A.), at p. 18.

<sup>20</sup> 92-252 (UI), judgment dated 30/10/92, T.C.C., not reported.

<sup>21</sup> [1994] T.C.J. No. 827 (QL).

<sup>22</sup> [1983] 1 F.C. 820 (C.A.) (*Visan*).

<sup>6</sup> *Ibid.*, à la p. 79.

<sup>7</sup> [1983] 1 C.F. 679 (C.A.). À la p. 685, la Cour cite les nombreuses autorités appuyant cette proposition. Voir *Procureur général du Canada (Le) c. Cylien*, [1973] C.F. 1166 (C.A.); *British Columbia Packers Limited c. Le Conseil canadien des relations du travail*, [1973] C.F. 1194 (C.A.); et *La Loi antidumping (In re) et in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, [1974] 1 C.F. 22 (C.A.).

<sup>8</sup> [1982] 2 C.F. 830 (C.A.).

<sup>9</sup> [1991] 3 C.F. 242 (C.A.).

<sup>10</sup> [1984] 2 C.F. 799 (C.A.).

<sup>11</sup> [1992] 1 C.F. 133 (C.A.), à la p. 140.

<sup>12</sup> [1974] 1 C.F. 22 (C.A.), à la p. 34.

<sup>13</sup> Précité, note 10, à la p. 832.

<sup>14</sup> (1993), 116 D.L.R. (4th) 333 (C.A.F.).

<sup>15</sup> (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 1 (C.A.F.) (*Tignish*).

<sup>16</sup> [1994] A.C.F. n° 499 (C.A.) (QL), au par. 2.

<sup>17</sup> (1993), 172 N.R. 374 (C.A.F.), aux p. 379 et 380.

<sup>18</sup> [1977] 2 R.C.S. 996, à la p. 1005.

<sup>19</sup> [1986] 5 W.W.R. 16 (C.A.F.), à la p. 18.

<sup>20</sup> 92-252 (UI), jugement en date du 30-10-92, C.C.I., inédit.

<sup>21</sup> [1994] A.C.I. n° 827 (QL).

<sup>22</sup> [1983] 1 C.F. 820 (C.A.) (*Visan*).



A-843-96 (T-1305-93)

A-843-96 (T-1305-93)

**Apotex Inc. (Appellant) (Respondent)****Apotex Inc. (appelante) (intimée)**

v.

c.

**Merck Frosst Canada Inc. and Merck & Co., Inc. (Respondents) (Applicants)****Merck Frosst Canada Inc. et Merck & Co., Inc. (intimées) (requérantes)**

and

et

**The Minister of National Health and Welfare (Respondent) (Respondent)****Le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social (intimé) (intimé)****INDEXED AS: MERCK FROSST CANADA INC. v. APOTEX INC. (C.A.)****RÉPERTORIÉ: MERCK FROSST CANADA INC. c. APOTEX INC. (C.A.)**

Court of Appeal, Isaac C.J., Strayer and McDonald JJ.A.—Ottawa, January 29 and February 10, 1997.

Cour d'appel, juge en chef Isaac et juges Strayer et McDonald, J.C.A.—Ottawa, 29 janvier et 10 février 1997.

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Appeal from extension granted pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 7(5) — Appeal allowed — 30-month bar to marketing by competitors legislative stay, subject to terms imposed by Regulations — Only s. 7(5) authorizing Trial Division to alter legislative duration of 30-month stay directly, and only where court finding party to application failing to reasonably co-operate in expediting application — No such failure alleged, proven — Extension granted without jurisdiction — Court's inherent power to control own process irrelevant as respondent seeking order to control exercise of Minister's authority — Patent Act, s. 55.2(5) providing Regulations overriding any other Act, regulation including Federal Court Act, s. 18.2, Federal Court Rules, R. 1614.*

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Appel interjeté d'une prorogation accordée conformément à l'art. 7(5) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) — Appel accueilli — L'interdiction de mise en marché d'une durée de 30 mois faite aux concurrents est une suspension de nature législative assujettie aux conditions que prévoit le Règlement — Seul l'art. 7(5) autorise la Section de première instance à modifier directement la durée de la période de suspension de 30 mois et ce, seulement lorsque le tribunal constate qu'une partie à la demande n'a pas collaboré de façon raisonnable au traitement expéditif de celle-ci — Un tel manquement n'a été ni allégué ni prouvé — La prorogation a été accordée en l'absence de compétence — Le pouvoir inhérent de la Cour de contrôler sa propre procédure n'est pas pertinent, car l'intimée cherche à obtenir une ordonnance visant l'exercice du pouvoir du ministre — L'art. 55.2(5) de la Loi sur les brevets prévoit que le Règlement prévaut sur toute autre disposition législative ou réglementaire, y compris l'art. 18.2 de la Loi sur la Cour fédérale et la Règle 1614 des Règles de la Cour fédérale.*

*Patents — Practice — Appeal from extension granted pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 7(5) — Appeal allowed — 30-month bar to marketing by competitors legislative stay subject to s. 7(5) only — S. 7(5) permitting alteration of duration of stay only where court finding party to application failing to reasonably co-operate in expediting application — Duty to document delay tactics to establish failure to co-operate.*

*Brevets — Pratique — Appel interjeté d'une prorogation accordée conformément à l'art. 7(5) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) — Appel accueilli — L'interdiction de mise en marché d'une durée de 30 mois faite aux concurrents est une suspension de nature législative assujettie uniquement à l'art. 7(5) — L'art. 7(5) ne permet de modifier la période de suspension que lorsque le tribunal constate qu'une partie à la demande n'a pas collaboré de façon raisonnable au traitement expéditif de celle-ci — Obligation de prouver que les tactiques visant à retarder la demande démontrent l'absence de collaboration.*

*Estoppel — Appeal from extension granted pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 7(5) — S. 7(5) permitting court to vary 30-month period during which Minister prohibited from issuing notice of compliance after application for prohibition commenced where party to application failing to reasonably co-operate in expediting application — Appeal allowed — No evidence of pre-conditions for estoppel.*

This was an appeal from an extension granted pursuant to *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, subsection 7(5). On June 1, 1993 the corporate respondents filed an application under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, subsection 6(1) for an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance to the appellant in respect of its lovastatin tablets. Paragraph 7(1)(e) prohibits the Minister from issuing a notice of compliance for 30 months after the making of an application for prohibition. Subsection 7(5) permits a court to vary that time limit where it has not yet made an order pursuant to subsection 6(1) and where the court finds that a party to the application failed to reasonably co-operate in expediting the application. The 30-month period provided in paragraph 7(1)(e) terminated at the end of November 1995, and the respondents were granted a 12-month extension to December 1, 1996. When the Trial Division was unable to hear the application until January 8, 1997 respondents applied for a further extension. The appellant opposed such extension and appealed the extension to December 1, 1996 on the ground that the Court lacked jurisdiction to grant the extension.

*Held*, the appeal should be allowed.

The 30-month bar to marketing by competitors triggered by the patentee filing an application for prohibition is a legislative stay, not a judicial injunction. It is subject to such terms as are imposed by the Regulations. Only subsection 7(5) authorizes the Trial Division to alter the legislative duration of the 30-month stay directly, and this only “where the court finds that a party to the application failed to reasonably cooperate in expediting the application”. No such failure was alleged, proven or found to have existed. The extension was granted without jurisdiction.

The Court’s inherent power to control its own process was irrelevant: the respondents did not seek an order to govern the conduct of a proceeding in Court, but an order to control the exercise of the Minister’s authority to grant

*Fin de non-recevoir — Appel interjeté d’une prorogation accordée conformément à l’art. 7(5) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) — L’art. 7(5) autorise le tribunal à modifier la période de 30 mois pendant laquelle il est interdit au ministre de délivrer un avis de conformité après une demande d’interdiction à cet égard lorsque la partie à la demande n’a pas collaboré de façon raisonnable au traitement expéditif de celle-ci — Appel accueilli — Aucune preuve de l’existence des conditions préalables à l’irrecevabilité.*

Il s’agit d’un appel interjeté d’une prorogation accordée conformément au paragraphe 7(5) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Le 1<sup>er</sup> juin 1993, les entreprises intimées ont présenté une demande en vue d’obtenir, sur le fondement du paragraphe 6(1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à l’appelante relativement aux comprimés de lovastatine. L’alinéa 7(1)e) interdit au ministre de délivrer un avis de conformité avant que 30 mois ne se soient écoulés après le dépôt d’une demande d’interdiction. Le paragraphe 7(5) autorise un tribunal à modifier ce délai lorsqu’il n’a pas encore rendu d’ordonnance aux termes du paragraphe 6(1) à l’égard de cette demande et qu’il constate qu’une partie à la demande n’a pas collaboré de façon raisonnable au traitement expéditif de celle-ci. La période de 30 mois prévue à l’alinéa 7(1)e) a expiré au mois de novembre 1995, et les intimées ont obtenu une prorogation de 12 mois jusqu’au 1<sup>er</sup> décembre 1996. La Section de première instance n’étant pas en mesure d’entendre la demande avant le 8 janvier 1997, les intimées ont demandé une autre prorogation. L’appelante s’est opposée à la prorogation et a interjeté appel de la prorogation jusqu’au 1<sup>er</sup> décembre 1996 pour le motif que la Cour n’avait pas compétence pour y faire droit.

*Arrêt*: l’appel doit être accueilli.

L’interdiction de mise en marché d’une durée de 30 mois faite aux concurrents par suite du dépôt, par le breveté, d’une demande d’interdiction est une suspension de nature législative et non une injonction de nature judiciaire. Elle est assujettie aux conditions que prévoit le Règlement. Seul le paragraphe 7(5) autorise la Section de première instance à modifier directement la durée de la période de suspension de 30 mois et ce, seulement lorsque le tribunal «constate qu’une partie à la demande n’a pas collaboré de façon raisonnable au traitement expéditif de celle-ci». Un tel manquement n’a été ni allégué ni prouvé et le tribunal n’a pas conclu à son existence. La prorogation a été accordée en l’absence de compétence.

Le pouvoir inhérent de la Cour de contrôler sa propre procédure n’est pas pertinent: les intimées ne cherchaient pas à obtenir une ordonnance visant le déroulement d’une procédure judiciaire, mais une ordonnance visant l’exer-

a notice where health requirements are met. Also, due effect must be given to *Patent Act*, subsection 55.2(5) which provides the Regulations override any other Act or regulations including the *Federal Court Act*, section 18.2 (power to make interim orders in judicial review) and the *Federal Court Rules*, Rule 1614 (power to grant extensions of time in judicial review).

There was no evidence establishing the factual preconditions of estoppel. Estoppel cannot give the Court jurisdiction contrary to limits imposed by legislation.

The parties must so conduct themselves that they cannot be found to have failed to co-operate reasonably to expedite the proceedings or they may face an alteration of the 30 months' stay. Agreement to delay will not protract the legislative stay. Unwarranted refusals to make witnesses available, the failure to respect undertakings or to answer questions, or extravagant demands for information on cross-examination, and requests for wasteful adjournments for flimsy reasons, will be viewed as failures to co-operate reasonably. The 30-month period will not be altered unless such tactics are documented to demonstrate a failure by their opponents to co-operate reasonably in the expedition of the application. Interlocutory motions will be assessed by their outcome to determine whether they were brought or opposed unreasonably. As there was no evidence as to the cause of the great delay, it was difficult to assess the merits of the contention that the respondents would suffer a grave injustice because the Trial Division could not grant a hearing date before the expiration of the stay. Neither was it possible to assess whether the numerous interlocutory applications were justified. In any case, the "prejudice" to the respondents consists of them now being obliged to commence an ordinary action for patent infringement and actually prove the justification for an interlocutory injunction.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.2 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 348, 1614 (as enacted by SOR/92-43, s. 19; 94-41, s. 17).  
*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55.2 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4).  
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, ss. 6(1), 7(1)(e), 7(5).

cice du pouvoir conféré au ministre de délivrer un avis lorsque les exigences liées à la santé sont respectées. Il faut également tenir compte du paragraphe 55.2(5) de la *Loi sur les brevets* qui prévoit que le Règlement prévaut sur toute autre disposition législative ou réglementaire, y compris l'article 18.2 de la *Loi sur la Cour fédérale* (pouvoir de prendre des mesures provisoires dans le cas d'un contrôle judiciaire) et la Règle 1614 des *Règles de la Cour fédérale* (pouvoir d'accorder des prorogations dans le cas d'un contrôle judiciaire).

Il n'y avait aucun élément de preuve approprié des conditions factuelles préalables à l'irrecevabilité. Le principe de l'irrecevabilité ne peut conférer à la Cour une compétence qui va à l'encontre des limites établies par la législation.

Les parties doivent se conduire de façon qu'on ne puisse conclure qu'elles n'ont pas collaboré de façon raisonnable au déroulement expéditif de la procédure, sinon elles s'exposent à une modification de la période de 30 mois. Le consentement des parties au report ne donnera pas droit à la prorogation de la suspension de nature législative. Le refus injustifié de mettre les témoins à la disposition de l'autre partie, le non-respect des engagements ou le refus de répondre à des questions, les demandes exagérées de renseignements en contre-interrogatoire ainsi que les demandes inutiles d'ajournement pour des motifs ténus doivent être assimilés à un défaut de collaborer de façon raisonnable. La période de 30 mois ne sera pas modifiée à moins que les parties ne soient en mesure de prouver que de telles tactiques démontrent l'absence de collaboration raisonnable de leurs adversaires à l'instruction expéditive de l'affaire. Comme il n'y avait aucun élément susceptible d'expliquer l'important retard, il était difficile de se prononcer sur le bien-fondé de la prétention des intimées qu'elles subiraient une grave injustice parce que la Section de première instance n'avait pas pu procéder à l'audition de leur demande avant l'expiration de la suspension. Il n'était pas non plus possible de déterminer si les nombreuses demandes interlocutoires étaient justifiées. Quoi qu'il en soit, le «préjudice» que subiront les intimées consiste en l'obligation qui leur est faite désormais d'intenter une action ordinaire en contrefaçon de brevet et d'établir l'opportunité d'une injonction interlocutoire.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.2 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).  
*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55.2 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4).  
*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 6(1), 7(1)(e), 7(5).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 348, 1614 (édicte par DORS/92-43, art. 19; 94-41, art. 17).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## CONSIDERED:

*Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329; 163 N.R. 183 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302; 169 N.R. 342 (F.C.A.); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.); *Mount Royal/Walsh Inc. v. Jensen Star (The)*, [1990] 1 F.C. 199; (1989), 99 N.R. 42 (C.A.); *Canadian National Railway Co. v. Canadian Transport Commission*, [1988] 2 F.C. 437; (1987), 13 F.T.R. 52 (T.D.); *Salibian v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 250; (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 165 (C.A.).

APPEAL from an extension granted pursuant to *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, subsection 7(5) of the 30-month period during which the Minister cannot issue a notice of compliance. Appeal allowed.

## COUNSEL:

*Harry B. Radomski and Andrew R. Brodtkin* for appellant.

*J. Nelson Landry and Judith M. Robinson* for respondents.

## SOLICITORS:

*Goodman Phillips & Vineberg*, Toronto, for appellant.

*Ogilvy Renault*, Montréal, for respondents.

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

1 STRAYER J.A.: This appeal concerns the scope of the jurisdiction of the Trial Division to extend the interim period in which the Minister of National Health and Welfare (the Minister) is legislatively prevented from issuing a notice of compliance, once an application for prohibition is commenced by a patentee under subsection 6(1) of the *Patented*

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329; 163 N.R. 183 (C.A.F.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302; 169 N.R. 342 (C.A.F.); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.); *Mount Royal/Walsh Inc. c. Jensen Star (Le)*, [1990] 1 C.F. 199; (1989), 99 N.R. 42 (C.A.); *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Commission canadienne des transports*, [1988] 2 C.F. 437; (1987), 13 F.T.R. 52 (1<sup>re</sup> inst.); *Salibian c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* [1990] 3 C.F. 250; (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 165 (C.A.).

APPEL d'une prorogation accordée conformément au paragraphe 7(5) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* de la période de 30 mois pendant laquelle le ministre ne peut pas délivrer d'avis de conformité. Appel accueilli.

## AVOCATS:

*Harry B. Radomski et Andrew R. Brodtkin* pour l'appelante.

*J. Nelson Landry et Judith M. Robinson* pour les intimées.

## PROCUREURS:

*Goodman Phillips & Vineberg*, Toronto, pour l'appelante.

*Ogilvy Renault*, Montréal, pour les intimées.

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

1 LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Le présent appel porte sur l'étendue de la compétence de la Section de première instance en ce qui concerne la prorogation de la période pendant laquelle la loi interdit au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social (le ministre) de délivrer un avis de conformité après l'introduction, par un breveté, d'une demande d'in-

*Medicines (Notice of Compliance) Regulations*<sup>1</sup> (the Regulations). Paragraph 7(1)(e) of the Regulations provides that the Minister is precluded from issuing such a notice for a period of 30 months after the making of an application for prohibition. Subsection 7(5) provides as follows:

7. . . .

(5) A court may shorten or extend the time limit referred to in paragraph (1)(e) in respect of an application where the court has not yet made an order pursuant to subsection 6(1) in respect of that application and where the court finds that a party to the application failed to reasonably cooperate in expediting the application.

### Facts

2 On June 1, 1993, Merck Frosst Canada Inc. and Merck & Co., Inc. (the respondents) filed an application for prohibition under subsection 6(1) of the Regulations for an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance to the appellant in respect of its lovastatin tablets. Without such a notice the appellant is prevented from marketing such tablets. The 30-month period provided in paragraph 7(1)(e) terminated at the end of November, 1995. The respondents were, however, at that time far from completing their preparations for the hearing of the application. It appears that there then remained cross-examinations on affidavits to be carried out (subsequently held in January and February, 1996). Therefore the respondents applied for an extension of the 30-month period. On September 6, 1995 Richard J., of the Trial Division issued an order extending the time for 12 months, to December 1, 1996. According to this order it was granted on a joint application of the parties. No grounds were stated for its grant.

3 The cross-examinations on affidavits gave rise to more interlocutory proceedings which were not decided until July, 1996. The respondents finally filed their application record on or about August 16, 1996, some 38½ months after their originating notice of motion was filed.

terdiction aux termes du paragraphe 6(1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*<sup>1</sup> (le Règlement). L'alinéa 7(1)e) du Règlement prévoit que le ministre ne peut délivrer un avis de conformité avant que 30 mois ne se soient écoulés après le dépôt d'une demande d'interdiction. Le paragraphe 7(5) dispose:

7. . . .

(5) Le tribunal peut abrèger ou proroger le délai visé à l'alinéa (1)e) à l'égard d'une demande lorsqu'elle n'a pas encore rendu l'ordonnance aux termes du paragraphe 6(1) à l'égard de cette demande et qu'elle constate qu'une partie à la demande n'a pas collaboré de façon raisonnable au traitement expéditif de celle-ci.

### Les faits

2 Le 1<sup>er</sup> juin 1993, Merck Frosst Canada Inc. et Merck & Co., Inc. (les intimées) ont présenté une demande en vue d'obtenir, sur le fondement du paragraphe 6(1) du Règlement, une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à l'appelante relativement aux comprimés de lovastatine. Faute d'un tel avis, l'appelante ne peut mettre en marché ces comprimés. La période de 30 mois prévue à l'alinéa 7(1)e) a expiré à la fin du mois de novembre 1995. Toutefois, les intimées étaient alors loin d'avoir terminé leur préparation en vue de l'audition de la demande. Il appert que certains contre-interrogatoires sur affidavits n'avaient pas encore été effectués (ils ont eu lieu par la suite en janvier et en février 1996). Les intimées ont donc demandé une prorogation de la période de 30 mois. Le 6 septembre 1995, le juge Richard de la Section de première instance a rendu une ordonnance accordant une prorogation de 12 mois, soit jusqu'au 1<sup>er</sup> décembre 1996. Suivant son libellé, l'ordonnance a été accordée sur demande conjointe des parties. Elle n'est appuyée d'aucun motif.

3 Les contre-interrogatoires sur affidavits ont donné lieu à des demandes interlocutoires sur lesquelles il n'a été statué qu'en juillet 1996. Les intimées ont finalement produit le dossier de la demande vers le 16 août 1996, soit quelque 38 mois et demi après avoir produit leur avis de requête introductive d'instance.

4 The parties then sought a date for the Trial Division to hear the application and were advised that the first two-day period available was January 8 and 9, 1997. (As of the hearing of this appeal on January 29, 1997, the original application filed in 1993 had yet to be heard.) As a result the respondents applied for a further extension of the 30-month period to such time as judgment was rendered on the application for prohibition. The only evidence filed in support of the application for an extension, was the affidavit of one Edward W. Murray, a New Jersey attorney, who after reciting the facts that the extension granted by Richard J. to December 1, 1996, would expire before the hearing of the application, asserted the following:

5. An extension of said thirty-month delay until a determination of the merits of the application pursuant to a hearing in early 1997 is necessary to safeguard the rights of the Applicants in this matter.

6. I am advised by Judith Robinson of Ogilvy Renault, and verily believe, that if this thirty-month delay is not extended until judgment is rendered on the merits of the application for prohibition, then the Respondent Minister of National Health and Welfare (the "Minister") will not be enjoined pursuant to the *Regulations* in respect of Apotex's notice of allegation dated April 19, 1993, from issuing a notice of compliance to Apotex for lovastatin after December 1, 1996.

7. The Applicants would be irreparably prejudiced by a refusal to extend the thirty-month delay. In that the relief sought by the Applicants herein is an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance for lovastatin to Apotex until after expiry of the patents in issue, failure to extend the thirty-month delay would have the effect of terminating the Applicants' claim without the benefit of a hearing.

The appellant opposed such an extension on the grounds *inter alia* that the Court had no jurisdiction to grant it. It was pointed out that subsection 7(5) only authorizes an extension

7. (5) . . .

. . . where the court finds that a party to the application failed to reasonably cooperate in expediting the application.

4 Les parties ont ensuite demandé la fixation d'une date à laquelle la Section de première instance entendrait la demande et ont été informées que le premier bloc de deux jours pouvant leur être offert correspondait aux 8 et 9 janvier 1997. (Au moment de l'audition du présent appel le 29 janvier 1997, la demande initiale produite en 1993 n'avait pas encore été entendue.) Les intimées ont par conséquent demandé une autre prorogation de la période de 30 mois jusqu'à ce que jugement soit rendu sur la demande d'interdiction. Le seul élément de preuve déposé à l'appui de la demande de prorogation était l'affidavit d'un avocat du New Jersey, M. Edward W. Murray, lequel, après avoir indiqué que la prorogation accordée par le juge Richard jusqu'au 1<sup>er</sup> décembre 1996 expirerait avant l'audition de la demande, dit ce qui suit:

[TRADUCTION]

5. La prorogation de la période de 30 mois jusqu'à ce qu'il soit statué au fond sur la demande lors d'une audience au début de 1997 est nécessaire afin de sauvegarder les droits des requérantes en l'espèce.

6. À partir de renseignements fournis par Judith Robinson, d'Ogilvy Renault, je crois sincèrement que, si la période de 30 mois n'est pas prorogée jusqu'à ce qu'il soit statué au fond sur la demande d'interdiction, le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social intimé (le «ministre») ne sera pas empêché, aux termes du *Règlement*, relativement à l'avis d'allégation d'Apotex en date du 19 avril 1993, de délivrer un avis de conformité à Apotex à l'égard de la lovastatine après le 1<sup>er</sup> décembre 1996.

7. Les requérantes subirait un préjudice irréparable si la prorogation de la période de 30 mois leur était refusée. Comme les requérantes aux présentes demandent une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à Apotex, relativement à la lovastatine, avant l'expiration des brevets en cause, l'omission de proroger le délai de 30 mois aurait pour effet de mettre fin au recours des requérantes sans que celles-ci n'aient eu l'occasion d'être entendues.

L'appelante s'est opposée à la prorogation, notamment pour le motif que la Cour n'avait pas compétence pour y faire droit. Elle a fait observer que le paragraphe 7(5) n'autorisait la prorogation que lorsque le tribunal

7. (5) . . .

. . . constate qu'une partie à la demande n'a pas collaboré de façon raisonnable au traitement expéditif de celle-ci.

It is clear that there was no such allegation or evidence of failure to co-operate put before the Motions Judge who, however, issued the extension of time requested. His reasons merely indicated that he had relied on the Murray affidavit and the representations of the applicant (the respondents here).

5 The appellant appeals from that decision asserting that it was made without jurisdiction for the reasons mentioned above. It also asserts that even if irreparable harm were relevant the Murray affidavit did not demonstrate such harm. Further, if irreparable harm were a legitimate consideration it was the appellant who would suffer it.

6 The respondents generally argued before us that the jurisdiction of the Court to grant an extension is not confined to the ground mentioned in subsection 7(5) of the Regulations; and that the Court has such authority in its inherent powers "to control its own process and administer justice", or under section 18.2 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)] (the power to make interim orders in judicial review) or under Rule 1614 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19; 94-41, s. 17)] (the power to grant extensions of time in judicial review). They contend that as the appellant had consented to the extension order of Richard J. of September 6, 1995 for an extension beyond the 30-month limit, where no finding was specifically made as to the failure of the appellant to co-operate reasonably, it is now estopped from saying that such a finding is a precondition to the grant of an extension by the Court under subsection 7(5) of the Regulations. Other orders of the Trial Division granting such extensions are invoked as authority that such a jurisdiction exists. The respondents plead that a grave injustice will ensue all because, upon being requested on August 16, 1996 (some 38½ months after the originating notice of motion was filed) to set a date for the hearing of the application, the Trial Division was not able to provide a two-day hearing before January, 1997, some weeks after the termination on December 1, 1996 of the extended

Il est manifeste que le juge des requêtes, lequel a néanmoins accordé la prorogation demandée, n'a été saisi d'aucune allégation ou preuve d'omission de collaborer. Dans ses motifs, il se borne à indiquer qu'il se fonde sur l'affidavit de M. Murray et les observations des requérantes (intimées en l'espèce).

5 L'appelante soutient que cette décision a été rendue en l'absence de toute compétence pour le motif susmentionné. Elle fait également valoir que, même si la question du préjudice irréparable était pertinente, l'affidavit de M. Murray n'établit pas l'existence d'un tel préjudice. En outre, si le préjudice irréparable constituait un facteur à prendre en considération, c'est l'appelante qui l'aurait subi.

6 De façon générale, les intimées ont prétendu devant nous que la compétence de la Cour en matière de prorogation n'était pas confinée au motif prévu au paragraphe 7(5) du Règlement, mais qu'elle découlait de son pouvoir inhérent de contrôler sa propre procédure et d'administrer la justice, de l'article 18.2 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)] (pouvoir de prendre des mesures provisoires dans le cadre d'un contrôle judiciaire) ou encore de la Règle 1614 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (édicte par DORS/92-43, art. 19; 94-41, art. 17)] (pouvoir d'accorder une prorogation dans le cadre d'un contrôle judiciaire). Elles soutiennent que, l'appelante ayant consenti à l'ordonnance du juge Richard en date du 6 septembre 1995 prorogeant la période de 30 mois, alors qu'aucune conclusion n'a expressément été tirée quant à son omission de collaborer de façon raisonnable, elle ne peut plus faire valoir qu'une telle conclusion était une condition préalable à l'octroi d'une prorogation par la Cour en vertu du paragraphe 7(5) du Règlement. D'autres ordonnances de la Section de première instance accordant une telle prorogation sont invoquées à l'appui de la prétention selon laquelle la Cour avait compétence. Les intimées avancent qu'une grave injustice sera causée du fait que, lorsqu'il lui a été demandé, le 16 août 1996 (environ 38 mois et demi après le dépôt de l'avis de requête introductive d'instance), de fixer une date d'audition

period of prohibition. Irreparable "prejudice" is claimed based on the assertions of attorney Murray of New Jersey as quoted above.

### Analysis

7 It appears to me that the respondents' submissions proceed from a misapprehension as to the nature of the Regulations and their relationship to ordinary patent law. With the abolition of compulsory licences for patented medicines, it remains open to medical patentees to sue any infringing user of its patents, and to seek interlocutory injunctions pending the trial of such actions.<sup>2</sup> In addition to this means for patentees to protect their patents, the Governor in Council in 1993 adopted the Regulations which provide patentees with a more direct and easier method of blocking possible infringement: by seeking an order of prohibition against the Minister preventing him from allowing another alleged user of the patented medicine to market the allegedly infringing product. Thus the Minister's authority to refuse a notice of compliance, originally designed to protect the personal health of Canadians, has been harnessed to protect the financial health of drug patentees. Whatever the public policy merits of this, it must be seen as an extraordinary means of providing interim protection to patentees by which a competitor can be blocked from marketing for 30 months by the simple expedient of the patentee filing an application in the Trial Division for prohibition. As was observed by Mahoney J.A. in this Court in *Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*:<sup>3</sup>

By merely commencing the proceeding, the applicant obtains what is tantamount to an interlocutory injunction for up to 30 months without having satisfied any of the criteria a court would require before enjoining issuance of a NOC. In particular, no liability as to damages arises

de la demande, la Section de première instance n'a pas été en mesure d'offrir un bloc de deux jours avant le mois de janvier 1997, soit quelques semaines après l'expiration, le 1<sup>er</sup> décembre 1996, de la période d'interdiction prorogée. Le «préjudice» irréparable est invoqué sur le fondement des affirmations précitées de M. Murray, avocat du New Jersey.

### Analyse

7 Il me semble que les prétentions des intimées découlent d'une méprise quant à la nature du Règlement et de son rapport avec le droit des brevets en général. Depuis l'abolition des licences obligatoires en matière de médicaments brevetés, il demeure loisible au titulaire d'un brevet afférent à un médicament de poursuivre toute personne qui contrefait son brevet et de demander une injonction interlocutoire valable jusqu'à l'instruction de l'action<sup>2</sup>. Outre ce mode de protection du brevet conféré au breveté, le gouverneur en conseil a pris, en 1993, des dispositions réglementaires qui offrent au breveté un moyen plus direct et plus facile de faire obstacle à la contrefaçon éventuelle: une demande en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre d'autoriser un autre usager présumé du médicament breveté de mettre en marché le produit qui emporterait contrefaçon. Ainsi, le pouvoir du ministre de refuser de délivrer un avis de conformité, qui visait initialement à protéger la santé individuelle des Canadiens, sert dorénavant à protéger les intérêts financiers des titulaires de brevets portant sur des médicaments. Quel que soit le bien-fondé de cette mesure sur le plan de l'intérêt public, il s'agit d'un moyen extraordinaire permettant à un breveté d'empêcher un concurrent, pendant une période de protection provisoire de 30 mois, de mettre un médicament en marché et ce, simplement en saisissant la Section de première instance d'une demande d'interdiction. Le juge Mahoney, J.C.A. de cette Cour fait observer ce qui suit dans *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*<sup>3</sup>:

En se contentant d'introduire l'instance, le requérant obtient ce qui équivaut à une injonction interlocutoire d'une durée maximale de 30 mois sans avoir satisfait à aucun des critères qu'un tribunal exigerait qu'il respecte avant d'ordonner la délivrance d'un avis de conformité.



from the application as would be imposed by the undertaking any court would require before making an interlocutory injunction. The liability for damages created by s. 8 of the Regulations pertains only to those incurred as a result of the NOC not issuing until after the patent has expired. That is by no means coextensive with the liability that arises on an undertaking exacted when an injunction is issued.

Thus the 30-month bar to marketing by competitors triggered by the patentee filing an application for prohibition must be seen as a legislative stay, not a judicial injunction. As such it is subject to such terms as are imposed by the legislation—in this case the Regulations. The Regulations in this respect must be seen as a code. It must also be kept in mind that whatever time limits may be imposed upon this legislative stay by the Regulations, the full rights of the patentee under normal patent law at all times remain, including the right to sue and to seek an interlocutory injunction.

8 Turning then to the terms of the Regulations, it is abundantly clear that only subsection 7(5) authorizes the Trial Division to alter the legislative duration of the 30-month stay directly, and this only “where the court finds that a party to the application failed to reasonably cooperate in expediting the application”. No such failure was alleged or proven before the Motions Judge whose decision is under appeal, nor did he find any such failure to have existed. Basing himself on the submissions and affidavit as he did, he could not have found such a failure because none was asserted in those documents. The extension was thus granted without jurisdiction and must be set aside.

9 I will deal briefly with the arguments of the respondents. With respect to its invocation of the inherent powers of the Court, or section 18.2 of the *Federal Court Act*, or Rule 1614, none of those can prevail against the express words of subsection 7(5)

En particulier, la demande ne donne pas lieu à l'imputation d'une responsabilité d'un préjudice qui serait imposée par l'engagement que tout tribunal exigerait avant de prononcer une injonction interlocutoire. La responsabilité du préjudice que crée l'art. 8 du Règlement ne concerne que le préjudice subi par suite du report de la délivrance de l'avis de conformité au-delà de la date d'expiration du brevet. Cette responsabilité n'a absolument pas la même étendue que celle de la responsabilité qui découle de l'engagement exigé lorsqu'une injonction est prononcée.

Ainsi, l'interdiction de mise en marché d'une durée de 30 mois faite aux concurrents par suite du dépôt, par le breveté, d'une demande d'interdiction doit être considérée comme une suspension de nature législative, et non comme une injonction de nature judiciaire. À ce titre, elle est assujettie aux conditions que prévoit la loi, en l'occurrence le Règlement. À cet égard, le Règlement doit être considéré comme un code. Il ne faut pas non plus oublier que, peu importe la durée de la suspension de nature législative prévue par le Règlement, le breveté jouit toujours des droits que lui confère le droit des brevets en général, y compris celui d'intenter une poursuite et de demander une injonction interlocutoire.

8 Pour ce qui concerne le libellé du Règlement, il est parfaitement clair que seul le paragraphe 7(5) autorise la Section de première instance à modifier directement la durée de la période de suspension de 30 mois et ce, seulement lorsque le tribunal «constate qu'une partie à la demande n'a pas collaboré de façon raisonnable au traitement expéditif de celle-ci». Or, un tel manquement n'a été ni allégué ni prouvé devant le juge des requêtes dont la décision fait l'objet du présent appel, et celui-ci n'a pas conclu à son existence. S'appuyant sur les observations et l'affidavit comme il l'a fait, il ne pouvait conclure à l'existence d'un tel manquement puisque celui-ci n'y était pas allégué. La prorogation a donc été accordée en l'absence de compétence et doit être annulée.

9 J'examinerai brièvement les arguments des intimées. La compétence, qu'elles invoquent, découlant des pouvoirs inhérents de la Cour, de l'article 18.2 de la *Loi sur la Cour fédérale* ou de la Règle 1614, ne saurait l'emporter sur le libellé explicite du para-

which prevent any extension (or contraction) of the legislative stay other than on grounds of failure of a party to expedite. The inherent power of the Court to control its own process is irrelevant: what the respondents seek is not an order to govern the conduct of a proceeding in court but an order to control the exercise of someone else's powers, namely the Minister's otherwise lawful authority to grant a notice where health requirements are met. We must also give due effect to section 55.2 of the *Patent Act*,<sup>4</sup> under which the Regulations were made. Subsection 55.2(5) provides:

55.2 . . .

(5) In the event of any inconsistency or conflict between

(a) this section or any regulations made under this section, and

(b) any Act of Parliament or any regulations made thereunder,

this section or the regulations made under this section shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict.

Thus the Regulations, surprising as it may seem, override any other Act or regulation including the *Federal Court Act* and the *Federal Court Rules*.

10 Nor can the respondents successfully invoke the doctrine of estoppel. Firstly, there is no proper evidence on the record establishing the factual preconditions of estoppel. Secondly, estoppel cannot give the Court jurisdiction contrary to limits imposed by legislation.<sup>5</sup> Nor can the parties confer such jurisdiction on the Court by consent.<sup>6</sup>

11 The respondents perceive a grave injustice to themselves because the Trial Division cannot grant them a hearing of their application before the expiration of the legislative stay. It is difficult to assess the merits of this assertion without knowing more precisely why the respondents did not file their

graphe 7(5), qui empêche de proroger (ou d'abrégé) la suspension de nature législative, sauf pour manque de diligence d'une partie. Le pouvoir inhérent de la Cour de contrôler sa propre procédure n'est pas pertinent. En effet, ce que les intimées cherchent à obtenir n'est pas une ordonnance visant le déroulement d'une procédure judiciaire, mais bien une ordonnance visant l'exercice du pouvoir conféré à un tiers, à savoir le pouvoir par ailleurs légitime du ministre de délivrer un avis lorsque les exigences liées à la santé sont respectées. Il faut également tenir compte de l'article 55.2 de la *Loi sur les brevets*<sup>4</sup>, en vertu duquel le Règlement a été pris. Voici le texte du paragraphe 55.2(5):

55.2 . . .

(5) Une disposition réglementaire prise sous le régime du présent article prévaut sur toute disposition législative ou réglementaire fédérale divergente.

Ainsi, le Règlement, aussi surprenant que ce puisse l'être, prévaut sur toute autre disposition législative ou réglementaire, y compris la *Loi sur la Cour fédérale* et les *Règles de la Cour fédérale*.

Les intimées ne peuvent non plus invoquer à bon droit l'irrecevabilité. Premièrement, le dossier ne renferme aucun élément de preuve approprié des conditions factuelles préalables à l'irrecevabilité. Deuxièmement, ce principe ne peut conférer à la Cour une compétence qui va à l'encontre des limites établies par la législation<sup>5</sup>. Les parties ne peuvent non plus s'entendre pour donner à la Cour une telle compétence<sup>6</sup>.

Les intimées estiment qu'une grave injustice leur est causée du fait que la Section de première instance ne peut procéder à l'audition de leur demande avant l'expiration de la suspension de nature législative. Il est difficile de se prononcer sur le bien-fondé de cette prétention sans savoir avec plus de précision

application record until 38½ months after filing its originating notice of motion and only then ask for a hearing date. There is no evidence in the material filed on appeal as to the cause of this great delay. There are numerous allegations by the respondents of delays caused by the appellant failing to comply with undertakings or delay in complying, delay in making deponents available for cross-examination, and refusals of its witnesses to answer questions. What is clear is that numerous interlocutory applications arose out of the way in which the parties conducted their preparations for a hearing. We cannot assess on the material whether such applications were justified, nor are we called upon to do so. From the time which elapsed, however, there is at least a rebuttable presumption that one or both parties failed to co-operate reasonably. It should thus not be readily inferred that the cause of the respondents' discomfiture is the inability of the Trial Division to give immediate dates when finally asked to do so. It should also be kept in mind that the "prejudice" the respondents will suffer consists of them now being obliged to commence an ordinary action for patent infringement and actually prove the justification for an interlocutory injunction, should the Minister in fact issue a notice.

pourquoi elles n'ont produit de dossier de la demande que 38 mois et demi après le dépôt de l'avis de requête introductive d'instance et ont attendu jusqu'alors pour demander la fixation d'une date d'audition. Les documents produits ne renferment aucun élément susceptible d'expliquer cet important retard. De nombreuses allégations sont faites par les intimées quant aux retards imputables à l'omission de l'appelante de respecter ses engagements ou au fait qu'elle a tardé à le faire, à sa lenteur à permettre le contre-interrogatoire des déposants et au refus de ses témoins de répondre aux questions. Ce qui est clair, c'est que de nombreuses demandes interlocutoires sont attribuables à la façon dont les parties se sont préparées à l'audience. Nous ne pouvons déterminer, à partir des documents produits, si ces demandes étaient fondées, et nous ne sommes pas appelés à le faire. Cependant, pour ce qui est du temps écoulé, il existe à tout le moins une présomption réfutable voulant que l'une des parties ou les deux n'ont pas collaboré de façon raisonnable. Nul ne saurait en déduire d'emblée, par conséquent, que la déconvenue des intimées découle de l'incapacité de la Section de première instance de fixer des dates rapprochées lorsqu'une demande en ce sens lui a finalement été présentée. Il faut également se rappeler que le «préjudice» que subiront les intimées consistent en l'obligation qui leur est faite, désormais, d'intenter une action ordinaire en contrefaçon de brevet et d'établir l'opportunité d'une injonction interlocutoire, advenant que le ministre délivre un avis.

12 As for the arguments by both parties based on irreparable harm, this factor is not, as noted by Mahoney J.A. in the *Bayer* case,<sup>7</sup> relevant to the grant or dissolution of a legislative stay under the Regulations. In any event, neither party has provided any evidentiary base for such a plea.

En ce qui a trait aux arguments des deux parties fondés sur l'existence d'un préjudice irréparable, comme le signale le juge Mahoney, J.C.A. dans la décision *Bayer*<sup>7</sup>, ce facteur n'est pas pertinent aux fins de l'octroi ou de la levée de la suspension de nature législative accordée en vertu du Règlement. Quoi qu'il en soit, aucune des parties n'a étayé un tel argument. 12

13 In summary, the legislative stay is an extraordinary sanction detracting from the normal rights of a defendant under ordinary patent law. It must be applied strictly according to its terms. The 30-month period was no doubt intended in part to focus the minds of the parties and the Court as to the need for

Pour résumer, la suspension de nature législative est une mesure extraordinaire qui se démarque des droits que le droit général des brevets reconnaît habituellement au défendeur. Elle doit donc être appliquée de façon stricte, conformément à son libellé. Il ne fait aucun doute que la période de 13

an expeditious prosecution of the application for prohibition. As this Court has said before,<sup>8</sup> the Regulations disclose an intention that the proceedings under subsection 6(1) should be conducted expeditiously and are not meant to take on the ponderous character of a patent action. A time limit for the legislative stay was fixed at 30 months, not just as one of many options for the parties but as a time limit which was to be respected unless altered by the Court for the sole reason authorized in subsection 7(5). The message for the parties is clear: they must either so conduct themselves that they cannot be found to have failed to co-operate reasonably to expedite the proceedings or they may face an alteration of the 30-month stay, either a shortening or lengthening depending on which party is at fault. Agreement by the parties to delay will not avail to protract the legislative stay. Unwarranted refusals to make witnesses available, the failure to respect undertakings or to answer questions, or extravagant demands for information on cross-examination, and requests for wasteful adjournments for flimsy reasons, must be viewed as failures to co-operate reasonably. Parties who are the victims of such tactics must not assume the 30-month period will be altered unless they are prepared to document through these tactics a failure by their opponents to co-operate reasonably in the expedition of the application. A party will consent to adjournments at the cost of not being able to blame the other for delay on a subsection 7(5) application. Interlocutory motions indulged in by a party will be assessed by their outcome, to determine whether they were brought or opposed unreasonably. There are also implications for the Court: that it must control or suppress unnecessary interlocutory proceedings and the conduct that gives rise to them; limit the length and frequency of adjournments; insist that matters proceed at a pace likely to allow a hearing of the application before the expiration of the (not unreasonable) period of 30 months; and finally, refuse extensions unless the criteria of subsection 7(5) are strictly met after a careful assessment of the conduct of the parties.

30 mois visait en partie à inciter les parties et la Cour à instruire de façon expéditive la demande d'interdiction. Comme l'a dit la Cour précédemment<sup>8</sup>, il ressort du Règlement que l'intention du législateur est de faire en sorte que la procédure prévue au paragraphe 6(1) se déroule de façon expéditive, sans les lourdeurs d'une action en contrefaçon de brevet. La durée maximum de la suspension de nature législative a été établie à 30 mois. Elle est opposable aux parties et elle doit être respectée à moins que la Cour ne la modifie pour le seul motif prévu au paragraphe 7(5). Le message transmis aux parties est clair: elles doivent se conduire de façon qu'on ne puisse conclure qu'elles n'ont pas collaboré de façon raisonnable au déroulement expéditif de la procédure, sinon elles s'exposent à une modification de la période de 30 mois, celle-ci pouvant être abrégée ou prorogée selon l'identité de la partie fautive. Le consentement des parties au report ne donne pas droit à la prorogation de la suspension de nature législative. Le refus injustifié de mettre les témoins à la disposition de l'autre partie, le non-respect des engagements ou le refus de répondre à des questions, les demandes exagérées de renseignements en contre-interrogatoire ainsi que les demandes inutiles d'ajournement pour des motifs ténus doivent être assimilés à un défaut de collaborer de façon raisonnable. Les parties victimes de telles tactiques ne doivent pas tenir pour acquis que la période de 30 mois sera modifiée, à moins qu'elles ne soient en mesure de prouver que ces tactiques démontrent l'absence de collaboration raisonnable de leurs adversaires à l'instruction expéditive de l'affaire. La partie qui consent à un ajournement ne pourra reprocher à l'autre son retard au moyen d'une demande fondée sur le paragraphe 7(5). Les requêtes interlocutoires présentées par une partie seront évaluées en fonction du résultat obtenu afin de déterminer si elles ont été présentées ou contestées de façon déraisonnable. Il en découle également des conséquences pour la Cour, savoir l'obligation qui lui incombe de prévenir ou supprimer les procédures interlocutoires inutiles et de surveiller les conduites qui y donnent lieu, de restreindre la durée et la fréquence des ajournements, d'insister pour que l'affaire progresse à un rythme susceptible de permettre l'audition de la demande avant l'expiration de la période (non dérai-

sonnable) de 30 mois et, enfin, de refuser toute prorogation à moins qu'elle ne juge, après examen attentif de la conduite des parties, que les conditions énoncées au paragraphe 7(5) sont rigoureusement respectées.

### Conclusion

14 The appeal should therefore be allowed and the order of the Trial Division of October 23, 1996 be set aside. With respect to costs, the Court and counsel for the respondents were obliged to wait for half a day after the appointed time until Mr. H. B. Radomski, counsel for the appellant, and his co-counsel appeared to argue the appeal. An order of Pratte J.A. of December 20, 1996, granted the appellant an expedited hearing of the appeal and fixed the hearing time at 10 a.m. on January 29, 1997, in Ottawa. Mr. Radomski advised the Court that he had not made himself aware of this term of the order and was still in Toronto at the appointed time. The Court was obliged to adjourn the hearing until 2:00 p.m., at which time Mr. Radomski appeared. Counsel for the respondents was obliged to wait and the Court to rearrange its work. Argument took approximately one hour. At the end the Chief Justice, acting pursuant to Rule 348, asked Mr. Radomski to show cause why costs of the appeal should not be ordered against him personally, regardless of the outcome. He had no satisfactory explanation for his failure to appear at the time fixed. Costs of the appeal should therefore be awarded to the corporate respondents, to be paid by Mr. Radomski personally.

ISAAC C.J.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

### Conclusion

L'appel devrait donc être accueilli et l'ordonnance de la Section de première instance en date du 23 octobre 1996 annulée. En ce qui concerne les frais et dépens, la Cour et les avocats des intimées ont dû attendre une demi-journée, au jour convenu, avant que l'avocat de l'appelante, M<sup>e</sup> H. B. Radomski, et son collègue ne se présentent à l'audition de l'appel. Le 20 décembre 1996, le juge Pratte, J.C.A. avait, à la demande de l'appelante, ordonné l'audition accélérée de l'appel et fixé le début de l'audience à 10 h le 29 janvier 1997, à Ottawa. M<sup>e</sup> Radomski a indiqué à la Cour qu'il n'avait pas pris connaissance de cet élément de l'ordonnance et qu'il se trouvait toujours à Toronto à l'heure convenue. La Cour a dû ajourner l'audition de l'appel jusqu'à 14 h, heure à laquelle M<sup>e</sup> Radomski s'est présenté. L'avocat des intimées a dû attendre, et la Cour a dû modifier le calendrier de ses travaux. La plaidoirie a duré environ une heure. Sur le fondement de la Règle 348, le juge en chef a ensuite demandé à M<sup>e</sup> Radomski d'exposer les motifs pour lesquels les dépens de l'appel ne devaient pas lui être imputés personnellement, indépendamment de l'issue du recours. Ce dernier n'a fourni aucune explication satisfaisante de son omission de se présenter à l'heure convenue. Les dépens de l'appel devraient donc être adjugés aux entreprises intimées et payés par M<sup>e</sup> Radomski personnellement. 14

LE JUGE EN CHEF ISAAC: Je souscris.

LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: Je souscris.

<sup>1</sup> SOR/93-133, March 12, 1993.

<sup>2</sup> See *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (F.C.A.), at pp. 319-320; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.), at pp. 599-600.

<sup>3</sup> (1993), 51 C.P.R. (3d) 329 (F.C.A.), at p. 337.

<sup>1</sup> DORS/93-133, 12 mars 1993.

<sup>2</sup> Voir *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (C.A.F.), aux p. 319 et 320; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.), aux p. 599 et 600.

<sup>3</sup> (1993) 51 C.P.R. (3d) 329 (C.A.F.), à la p. 337.

<sup>4</sup> R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55.2 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4).

<sup>5</sup> See e.g. *Mount Royal/Walsh Inc. v. Jensen Star (The)*, [1990] 1 F.C. 199 (C.A.), at pp. 210-211.

<sup>6</sup> See e.g. *Canadian National Railway Co. v. Canadian Transport Commission*, [1988] 2 F.C. 437 (T.D.); *Salibian v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 250 (C.A.), at p. 252.

<sup>7</sup> *Supra*, note 3.

<sup>8</sup> See e.g. *David Bull*, *supra*, note 2, at pp. 597-599.

<sup>4</sup> L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55.2 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4).

<sup>5</sup> Voir, p. ex., *Mount Royal/Walsh Inc. c. Jensen Star (Le)*, [1990] 1 C.F. 199 (C.A.), aux p. 210 et 211.

<sup>6</sup> Voir, p. ex., *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Commission canadienne des transports*, [1988] 2 C.F. 437 (1<sup>re</sup> inst.); *Salibian c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 250 (C.A.), à la p. 252.

<sup>7</sup> Précitée, note 3.

<sup>8</sup> Voir, p. ex., *David Bull*, précité, note 2, aux p. 597 à 599.

T-1307-90

**The CSL Group Inc. and Canada Steamship Lines Inc. (Plaintiffs)**

v.

**Her Majesty the Queen in Right of Canada (Defendant)**

**INDEXED AS: THE CSL GROUP INC. v. CANADA (T.D.)**

Trial Division, Nadon J.—Montréal, September 23, 24, 25, 26, 27 and 30; Ottawa, December 3, 1996.

*Maritime law — Torts — Plaintiffs seeking damages for alleged act of negligence by public servants — Ships delayed on St. Lawrence Seaway due to weather conditions, strike by Ships' Crews Groups (public servants) — Contracts with shippers, receivers of cargo not performed — Defendant failing to make timely designation, under PSSRA, s. 78, of employees required to ensure safety, security of public — Canadian Coast Guard's primary responsibility under Shipping Act to ensure safety, security of those using waterways — No duty to take all reasonable means to enable plaintiffs' ships to transit Seaway without delays.*

*Crown — Torts — Action under Crown Liability and Proceedings Act, s. 3(a) based on alleged act of negligence by public servants — Plaintiffs arguing defendant responsible for failing to designate, under PSSRA, s. 78, employees required to ensure safety, security of public — Duty of care owed by Canadian Coast Guard to assure safety of public using St. Lawrence River — No duty on part of employer to file list of designated employees — Omission by Treasury Board employees to file lists not "negligence" under law of tort — Breach of common law duty requiring direct relation between individual servants, plaintiffs — Defendant not breaching common law duty in failing to make timely designation — "Governing", "servicing" functions distinguished — Acts, omissions by public servants "governing", not subject to law of tort.*

T-1307-90

**Le Groupe CSL Inc. et Canada Steamship Lines Inc. (demandereses)**

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada (défenderesse)**

**RÉPERTORIÉ: LE GROUPE CSL INC. c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)**

Section de première instance, juge Nadon—Montréal, 23, 24, 25, 26, 27 et 30 septembre; Ottawa, 3 décembre 1996.

*Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Les demandereses réclament des dommages-intérêts pour un présumé acte de négligence commis par des fonctionnaires — Des navires ont été retardés dans la voie maritime du Saint-Laurent en raison des conditions atmosphériques et d'une grève des groupes des équipages de navires (fonctionnaires) — Inexécution de contrats conclus avec des expéditeurs et des réceptionnaires de marchandises — La défenderesse n'a pas désigné dans les délais prescrits par l'art. 78 de la LRTFP les employés tenus d'assurer la sécurité du public — L'objectif premier de la Garde côtière canadienne selon la Loi sur la marine marchande est d'assurer la sécurité de ceux qui empruntent les voies navigables — Elle n'a pas l'obligation de prendre tous les moyens raisonnables pour permettre aux navires des demandereses de transiter par la voie maritime sans retard.*

*Couronne — Responsabilité délictuelle — Action intentée en vertu de l'art. 3a) de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif sur le fondement d'un présumé acte de négligence commis par des fonctionnaires — Les demandereses affirment que la responsabilité de la défenderesse est engagée parce qu'elle n'a pas désigné, conformément à l'art. 78 de la LRTFP, les employés tenus d'assurer la sécurité du public — La Garde côtière canadienne était tenue à un devoir de prudence qui l'obligeait à assurer la sécurité du public qui utilise le fleuve Saint-Laurent — L'employeur n'avait pas l'obligation de produire une liste des employés désignés — L'omission des employés du Conseil du Trésor de déposer les listes ne constitue pas une «négligence» au sens du droit de la responsabilité délictuelle — Pour qu'il y ait manquement à une obligation de common law, il faut qu'il existe un lien direct entre les fonctionnaires individuels et les demandereses — La défenderesse n'a pas manqué à son obligation de common law en ne procédant pas à la désignation dans les délais prescrits — Distinction entre les tâches «de gouvernement» et les tâches «de service» — Les actes et les omissions des fonctionnaires sont des tâches «de gouvernement» qui échappent au droit de la responsabilité civile délictuelle.*

*Public service — Labour relations — Plaintiffs' ships delayed on St. Lawrence Seaway during legal strike by public servants — Defendant missing statutory deadline to designate under PSSRA, s. 78 employees required to ensure safety, security of public — Designation process to ensure safety, security of those using waterways — No legal duty on Crown to file list of designated employees — Employer to designate employees whose work required to prevent bodily harm, loss of life, loss or damage to property — Omission to designate in timely manner under s. 78(2) beyond reach of law of tort.*

This was an action for damages brought under paragraph 3(a) of the *Crown Liability and Proceedings Act* and based on an alleged act of negligence committed by public servants of the Treasury Board of Canada. The plaintiffs are Canadian shipowners who have regularly a number of ships in transit on the St. Lawrence River system. From November 10 to December 15, 1989 public servants, including members of the Canadian Coast Guard (CCG), were on strike. Because of the strike, the ice-breakers normally used by the CCG on the St. Lawrence River were not in service and the summer buoys, not having been removed, were caught in ice. It was the plaintiffs' contention that because of the strike of the Ships' Crews Groups, their ships were delayed to such an extent that outstanding contracts with shippers and receivers of cargo could not be performed before the end of the navigation season. Since the strike was a legal strike, the plaintiffs did not attempt to blame the defendant for its occurrence, nor could they. Their argument was that the defendant was responsible for having, due to disorganization and bureaucratic ineptitude, missed the statutory deadline for designating, pursuant to section 78 of the *Public Service Staff Relations Act* (PSSRA), those employees required to ensure the safety or security of the public. They also argued that had the defendant designated employees, the delays encountered by their ships would not have occurred and they would have been able to fulfil their contractual obligations for the 1989 season. Two issues were raised herein: 1) whether the Crown had a common law and/or a statutory duty to the plaintiffs and 2) whether there was a breach of that duty.

*Held*, the action should be dismissed.

1) At common law the Crown is not liable as an ordinary person although not "above the law". Paragraph 3(a) of the *Crown Liability and Proceedings Act* provides that the Crown may be vicariously liable in tort for the harmful acts and omissions of its servants. Crown liability in

*Fonction publique — Relations du travail — Des navires des demandereses ont été retardés dans la voie maritime du Saint-Laurent au cours d'une grève légale de fonctionnaires — La défenderesse n'a pas respecté le délai prescrit par la loi pour désigner, en vertu de l'art. 78 de la LRTFP, les employés tenus d'assurer la sécurité du public — Le processus de désignation vise à assurer la sécurité des usagers des voies navigables — La Couronne n'était pas tenue, de par la loi, de déposer la liste des employés désignés — L'employeur devait désigner les employés dont les services étaient requis pour empêcher des lésions corporelles, des pertes de vie ou des dommages matériels — L'omission de procéder à la désignation prévue à l'art. 78(2) en temps opportun échappe au droit de la responsabilité civile délictuelle.*

Il s'agit d'une action en dommages-intérêts intentée en vertu de l'alinéa 3a) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* sur le fondement d'un présumé acte de négligence commis par des fonctionnaires du Conseil du Trésor du Canada. Les demandereses sont des armateurs canadiens dont les navires transitent régulièrement par la voie maritime du Saint-Laurent. Entre le 10 novembre et le 15 décembre 1989, des fonctionnaires, dont certains membres de la Garde côtière canadienne (GCC), étaient en grève. En raison de la grève, les brise-glaces habituellement utilisés par la GCC sur le fleuve Saint-Laurent n'étaient pas en service et les bouées d'été, qui n'avaient pas été enlevées, étaient prises dans la glace. Les demandereses ont soutenu qu'en raison de la grève des employés des groupes des équipages de navires, leurs navires ont été retardés à tel point que des contrats conclus avec des expéditeurs et des réceptionnaires de marchandises n'ont pu être exécutés avant la fin de la saison de la navigation. Étant donné que la grève était légale, les demandereses n'ont pas essayé de rejeter la responsabilité du déclenchement de la grève sur la défenderesse, et elles ne pouvaient pas le faire. Elles tenaient toutefois la défenderesse responsable, en raison de son manque d'organisation et de son incompétence bureaucratique, de ne pas avoir désigné, conformément à l'article 78 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (LRTFP), les employés dont les services étaient essentiels pour assurer la sécurité du public. Elles font également valoir que, si la défenderesse avait désigné des employés, les retards subis par leurs navires ne se seraient pas produits et elles auraient pu remplir leurs obligations contractuelles pour la saison de 1989. Il y avait deux questions en litige: 1) La Couronne était-elle soumise envers les demandereses à une obligation en common law ou à une obligation légale ou aux deux? 2) Y a-t-il eu manquement à cette obligation?

*Jugement*: l'action doit être rejetée.

1) En common law, la Couronne n'est pas responsable au même titre qu'un simple particulier, mais elle n'est pas «au-dessus des lois». L'alinéa 3a) de la *Loi sur la responsabilité de l'État et le contentieux administratif* dispose que l'État peut être tenu responsable des actes et omis-



tort is therefore statutory in origin; it is also vicarious, not direct. Thus, in order to impose liability under that provision, it generally must be shown that a servant of the Crown, acting within the scope of employment, violated a duty owed to the plaintiff. The latter must also establish that injury was caused by the Crown servant, in a manner sufficient to attract personal liability. To determine what common law duty, if any, the Crown had in this case, it is necessary to examine the role and responsibilities of the Coast Guard. The prime objective of the CCG is to enable maritime traffic to proceed without undue delay to the extent that such an objective is compatible with its duty to ensure the safety and security of those using the waterways. However, one must not confuse an objective with a duty. The duty of care owed by the CCG herein was to assure the safety of the public using the St. Lawrence River by whatever reasonable steps are necessary given the circumstances, including the fact that the Ships' Crews had exercised their legal right to strike and were not available to perform their usual tasks. Its duty is limited to ensuring the safety of those using the waterways. The defendant did not owe a duty to the plaintiffs to maintain the St. Lawrence River at all times in a "fully safe and operational condition" or to take all reasonable means to enable them to transit the St. Lawrence River without delays.

Although there could be little doubt that the word "shall" which appears in subsection 78(2) of the PSSRA was intended to be imperative, the real issue was not whether that word was imperative or directory but whether the filing of a list of designated employees was a duty upon the employer or a power which the latter could, in its discretion, exercise. There was no duty on the part of the employer to "designate". Although the Act does not create a duty to "designate" employees, the failure to do so did not, in this case, relieve the CCG of its duty to ensure the safety of the public. By using the words "in the interest of the safety or security of the public" in subsection 78(1) of the Act, Parliament has stated in clear terms that the employer shall designate those employees whose work is required to prevent bodily harm, loss of life and loss or damage to property. This is confirmed by the definitions of the words "*sécurité*" and "security" as found in both French and English dictionaries. Section 78 of the Act was of no help to the plaintiffs.

2) In order to succeed in an action for breach of a common law duty, the plaintiffs must establish that one or many Crown servants committed a tort for which they could be held personally liable. The plaintiffs must establish some sort of direct relation between, not "the Crown" and them, but the individual servant(s) and them. A find-

sions préjudiciables de ses préposés. La responsabilité délictuelle de l'État est donc d'origine légale; c'est une responsabilité pour le fait d'autrui et non une responsabilité directe. Par conséquent, pour qu'il soit possible d'imposer une responsabilité en vertu de cette disposition, il faut généralement prouver qu'un préposé de l'État, agissant dans le cadre de ses fonctions, a manqué à une obligation due au demandeur. Ce dernier doit également démontrer que le préposé a causé un préjudice et ce, d'une manière suffisante pour engager sa responsabilité personnelle. Pour déterminer quelle obligation, s'il en est, la common law imposait à la Couronne, il convient d'examiner le rôle et les devoirs de la Garde côtière. L'objectif premier de la GCC est de permettre à la circulation maritime de s'effectuer sans retard indu dans la mesure où cet objectif est compatible avec l'obligation de la GCC d'assurer la sécurité de ceux qui empruntent les voies navigables. Toutefois, on ne doit pas confondre un objectif avec une obligation. L'obligation de diligence imposée à la GCC était d'assurer la sécurité du public qui utilise le fleuve Saint-Laurent en prenant toutes les mesures nécessaires eu égard aux circonstances, y compris le fait que les équipages de navires avaient exercé leur droit légitime de grève et qu'ils n'étaient donc pas disponibles pour exécuter leurs tâches habituelles. Son devoir se limite à assurer la sécurité de ceux qui utilisent les voies navigables. La défenderesse n'avait pas envers les demanderesses l'obligation «d'assurer la sécurité constante du Saint-Laurent et de le maintenir en parfait état de fonctionnement» ou de prendre tous les moyens raisonnables pour leur permettre de transiter par le fleuve Saint-Laurent sans retard.

Bien qu'il n'y ait presque aucun doute que le mot «*shall*» qui est employé au paragraphe 78(2) de la LRTFP se veut impératif, la véritable question en litige n'était pas celle de savoir si ce mot a un caractère impératif ou indicatif, mais plutôt celle de savoir si le dépôt de la liste de fonctionnaires désignés était une obligation qui incombait à l'employeur ou s'il s'agissait d'un pouvoir discrétionnaire que celui-ci pouvait exercer. L'employeur n'avait pas l'obligation de procéder à une «*désignation*». Bien que la Loi n'impose pas à la défenderesse l'obligation de «*désigner*» des employés, son défaut de procéder à cette désignation ne soustrait pas la GCC à son obligation d'assurer la sécurité du public. En employant les mots «*pour la sécurité du public*» figurant au paragraphe 78(1) de la Loi, le législateur a énoncé dans les termes les plus nets que l'employeur doit désigner les employés dont les services sont requis pour empêcher des lésions corporelles, des pertes de vie ou des dommages matériels. Cette conclusion est confirmée par les définitions des mots «*sécurité*» et «*security*» que l'on trouve dans les dictionnaires français et anglais. L'article 78 de la Loi n'est d'aucun secours aux demanderesses.

2) Pour obtenir gain de cause dans une action fondée sur le manquement à une obligation de common law, les demanderesses doivent établir qu'un ou plusieurs préposés de la Couronne ont commis un délit dont ils pourraient être tenus personnellement responsables. Les demanderesses doivent établir une sorte de lien direct entre, non pas

ing of the PSSRB that the Treasury Board employees had been negligent in not filing the list of designated employees within the prescribed time is not *res judicata*. The omission by the Treasury Board employees to file the lists designating the Ships' Crews did not constitute "negligence" as this term applies to the law of tort. The public servants in question did not owe a duty to the plaintiffs. They could not have had the plaintiffs in their contemplation when deciding whether the lists should be filed on December 14, 1987, which was the last day to file the relevant lists of designated employees, or subsequently. The designation process under the PSSRA is not a process created to deal with the CCG and its Ships' Crews; rather, it is designed to cover the majority of public servants employed by the federal Crown. The defendant did not breach a statutory duty when it filed its lists of designated employees on December 15, 1987. Case law has determined that certain acts or decisions made by the Crown are not subject to tort liability depending upon the nature of the work and the position occupied by the employee. A government must be entitled to govern free of the restraints of tort law, but when it is merely supplying services to citizens, it should be subject to ordinary negligence principles. Therefore, such an immunity is necessary but it must be limited to those functions of government that are considered to be "governing" and not extend to those tasks that might be styled "servicing". Thus, if the acts or omissions of public servants fall into the category of "servicing", they are subject to the law of negligence. However, if they fall in the category of "governing", they are beyond the reach of the law of tort. In the present case, the public servants employed at the Treasury Board were not "servicing" but "governing". The omission to designate in a timely manner under subsection 78(2) of the PSSRA is not subject to the law of tort. It could not be disputed that if the Ships' Crews had been designated on time or if the Treasury Board had made a better offer to its employees thereby avoiding the strike, the delays encountered by the plaintiffs' ships would have been greatly reduced. However, in both cases, the omissions are not within the reach of the law of tort. The defendant was under no duty to avoid or settle the strike.

«la Couronne» et elles-mêmes, mais entre le(s) préposé(s) et elles-mêmes. La conclusion de la CRTFP suivant laquelle les employés du Conseil du Trésor ont fait preuve de négligence en ne déposant pas la liste des fonctionnaires désignés dans le délai prescrit n'a pas l'autorité de la chose jugée. L'omission des employés du Conseil du Trésor de déposer les listes désignant les équipages de navires ne constitue pas une «négligence» au sens où ce terme est employé en droit de la responsabilité civile délictuelle. Les fonctionnaires en question n'avaient aucune obligation envers les demanderessees. Il n'est pas possible qu'ils aient pensé aux demanderessees lorsqu'ils ont décidé si les listes devaient être déposées le 14 décembre 1987, date limite du dépôt des listes pertinentes des employés désignés, ou par la suite. Le processus de désignation prévu par la LRTFP n'a pas été créé en fonction de la GCC et de ses équipages de navires. Ce processus est plutôt conçu pour s'appliquer à la majorité des fonctionnaires employés par la Couronne fédérale. La défenderesse n'a manqué à aucune obligation légale lorsqu'elle a produit ses listes de fonctionnaires désignés le 15 décembre 1987. Les tribunaux ont jugé que certains actes ou omissions de la Couronne ne sont pas assujettis à la responsabilité délictuelle, selon la nature du travail et le poste occupé par l'employé. L'État doit avoir le droit de gouverner sans les contraintes du droit de la responsabilité délictuelle, mais, lorsqu'il se contente de fournir des services aux citoyens, il devrait être assujetti aux principes ordinaires de la négligence. Cette immunité est donc nécessaire, mais elle doit être limitée aux fonctions de l'État qui sont considérées comme des fonctions de «gouvernement» et non aux tâches qu'on pourrait qualifier de «tâches de services». Ainsi, si les actes ou les omissions des fonctionnaires tombent dans la catégorie des «tâches de services», ils sont assujettis aux règles de droit relatives à la négligence. Toutefois, s'ils entrent dans la catégorie des «fonctions de gouvernement», ils échappent au droit de la responsabilité civile délictuelle. En l'espèce, les fonctionnaires employés par le Conseil du Trésor ne s'acquittaient pas de «tâches de service», mais plutôt de «fonctions de gouvernement». L'omission de procéder à la désignation en temps opportun conformément au paragraphe 78(2) de la LRTFP n'est pas une question qui relève du droit de la responsabilité civile délictuelle. On ne peut nier que si les équipages de navires avaient été désignés à temps ou si le Conseil du Trésor avait fait une meilleure offre à ses employés, évitant ainsi la grève, les retards subis par les navires des demanderessees auraient été grandement réduits. Toutefois, dans un cas comme dans l'autre, ces omissions échappent au droit de la responsabilité civile délictuelle. La défenderesse n'avait nullement l'obligation d'éviter la grève ou d'en arriver à un règlement.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Aeronautics Act*, R.S.C., 1985, c. A-2.  
*An Act to amend the Exchequer Court Act*, S.C. 1938,  
 c. 28, s. 1.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Acte à l'effet de modifier l'Acte des cours Suprême et de l'Echiquier, et d'établir de meilleures dispositions pour l'instruction des réclamations contre la*

*An Act to amend "The Supreme and Exchequer Courts Act," and to make better provision for the Trial of Claims against the Crown*, S.C. 1887, c. 16, s. 16(c).  
*Aids to Navigation Protection Regulations*, C.R.C., c. 1403, s. 2 "aid to navigation".  
*Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9, ss. 517, 519(a), 562.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 6, s. 78).  
*Crown Liability Act*, S.C. 1952-53, c. 30, s. 3(1).  
*Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 3(1)(a).  
*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), ss. 3(a), 10.  
*Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1979, c. 86, s. 2.  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.  
*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 5, 6(2), (4), 7 (as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 2; s. 49).  
*Government Services Resumption Act*, S.C. 1989, c. 24.  
*Proceedings against the Crown Act*, R.S.N.S. 1989, c. 360, s. 5(1)(a).  
*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35, s. 79(1).  
*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 2 "employer", 78.

*Couronne*, S.C. 1887, ch. 16, art. 16(c.).  
*Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 86, art. 2.  
*Loi modifiant la Loi de la cour de l'Echiquier*, S.C. 1938, ch. 28, art. 1.  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 28.  
*Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. (1985), ch. A-2.  
*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 5, 6(2) (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 50), (4), 7 (mod., *idem*, art. 2).  
*Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 517, 519a), 562.1 (édicte par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 6, art. 78).  
*Loi sur la reprise des services gouvernementaux*, L.C. 1989, ch. 24.  
*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), art. 3a), 10.  
*Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.C. 1952-53, ch. 30, art. 3(1).  
*Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 3(1)a).  
*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-35, art. 79(1).  
*Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 2 «employeur», 78.  
*Proceedings against the Crown Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 360, art. 5(1)a).  
*Règlement sur la protection des aides à la navigation*, C.R.C., ch. 1403, art 2 «aide à la navigation».

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Olympia Janitorial Supplies v. Canada (Minister of Public Works)*, [1997] 1 F.C. 131; (1996), 117 F.T.R. 31 (T.D.); *Swanson v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 F.C. 408; (1991), 80 D.L.R. (4th) 741; 7 C.C.L.T. (2d) 186; 124 N.R. 218 (C.A.); *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Treasury Board)*, [1989] 2 F.C. 445 (C.A.); *Cleveland-Cliffs Steamship Company, The, and The Cleveland-Cliffs Iron Company v. The Queen*, [1957] S.C.R. 810; (1957), 10 D.L.R. (2d) 673; *Warwick Shipping Ltd. v. R.*, [1982] 2 F.C. 147 (T.D.); *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Le Lievre v. Gould*, [1893] 1 Q.B. 491 (C.A.).

## DISTINGUISHED:

*Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; (1989), 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 103 N.R. 1.

## CONSIDERED:

*R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; (1983), 153 D.L.R. (3d) 9;

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Olympia Janitorial Supplies c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1997] 1 C.F. 131; (1996), 117 F.T.R. 31 (1<sup>re</sup> inst.); *Swanson c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 C.F. 408; (1991), 80 D.L.R. (4th) 741; 7 C.C.L.T. (2d) 186; 124 N.R. 218 (C.A.); *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1989] 2 C.F. 445 (C.A.); *Cleveland-Cliffs Steamship Company, The, and The Cleveland-Cliffs Iron Company v. The Queen*, [1957] R.C.S. 810; (1957), 10 D.L.R. (2d) 673; *Warwick Shipping Ltd. c. R.*, [1982] 2 C.F. 147 (1<sup>re</sup> inst.); *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Le Lievre v. Gould*, [1893] 1 Q.B. 491 (C.A.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; (1989), 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 103 N.R. 1.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; (1983), 153 D.L.R. (3d) 9;

[1983] 3 W.W.R. 97; 23 C.C.L.T. 121; 45 N.R. 425; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; (1994), 129 N.S.R. (2d) 321; 112 D.L.R. (4th) 18; 362 A.P.R. 321; 20 Admin. L.R. (2d) 39; 19 C.C.L.T. (2d) 233; 2 M.V.R. (3d) 80; 163 N.R. 291; *Public Service Alliance of Canada and Canada (Treasury Board) (Ships Crews Group — Operational Category)*, [1970] C.P.S.S.R.B. No. 10 (QL); *Public Service Alliance of Canada and Treasury Board (Ships Crews (supervisory and non-supervisory), Hospital Services (supervisory and non-supervisory) and Welfare Programmes Groups)*, [1989] C.P.S.S.R.B. No. 188 (QL); *Canada (Attorney General) v. P.S.A.C.*, [1989] 3 F.C. 585; (1989), 105 N.R. 129 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Farnell v. Bowman* (1887), 12 App. Cas. 643 (P.C.); *Brabant & Co. v. King*, [1895] A.C. 632 (P.C.); *Evans v. Finn* (1904), 4 S.R. (N.S.W.) 297 (F.C.); *McArthur, Matthew v. The King*, [1943] Ex. C.R. 77; [1943] 3 D.L.R. 225; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; (1992), 91 D.L.R. (4th) 289; 11 C.C.L.T. (2d) 1; 137 N.R. 241; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97; *Warwick Shipping Limited v. Canada, Government of* (1983), 48 N.R. 378 (F.C.A.).

## AUTHORS CITED

Finkelman, J. and S. B. Goldenberg. *Collective Bargaining in the Public Service: The Federal Experience in Canada*, vol. 2. Montréal: Institute for Research on Public Policy/Institut de recherches politiques, 1983.

Hogg, P. W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.

Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 5th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.

*Petit Larousse illustré*. Paris: Librairie Larousse, 1979. "sécurité".

*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1973. "security".

ACTION for damages under paragraph 3(a) of the *Crown Liability and Proceedings Act*, stemming from an alleged act of negligence committed by public servants of the Treasury Board of Canada, acting within the scope of their employment. Action dismissed.

[1983] 3 W.W.R. 97; 23 C.C.L.T. 121; 45 N.R. 425; *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; [1994] 129 N.S.R. (2d) 321; 112 D.L.R. (4th) 18; 362 A.P.R. 321; 20 Admin. L.R. (2d) 39; 19 C.C.L.T. (2d) 233; 2 M.V.R. (3d) 80; 163 N.R. 291; *Alliance de la Fonction publique du Canada et Canada (Conseil du Trésor) (Groupe des équipages de navires — Catégorie de l'exploitation)*, [1970] C.R.T.F.P.C. n° 10 (QL); *Alliance de la Fonction publique du Canada et le Conseil du Trésor (Groupes Equipages de navires (surveillants et non-surveillants) Services hospitaliers (surveillants et non-surveillants) et Programmes de bien-être social)*, [1989] R.T.F.P.C. n° 188 (QL); *Canada (Procureur général) c. A.F.P.C.*, [1989] 3 C.F. 585; (1989), 105 N.R. 129 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Farnell v. Bowman* (1887), 12 App. Cas. 643 (P.C.); *Brabant & Co. v. King*, [1895] A.C. 632 (P.C.); *Evans v. Finn* (1904), 4 S.R. (N.S.W.) 297 (F.C.); *McArthur, Matthew v. The King*, [1943] R.C.E. 77; [1943] 3 D.L.R. 225; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; (1992), 91 D.L.R. (4th) 289; 11 C.C.L.T. (2d) 1; 137 N.R. 241; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97; *Warwick Shipping Limited c. Canada, gouvernement du*, (1983), 48 N.R. 378 (C.A.F.).

## DOCTRINE

Finkelman, J. and S. B. Goldenberg. *Collective Bargaining in the Public Service: The Federal Experience in Canada*, vol. 2. Montréal: Institute for Research on Public Policy/Institut de recherches politiques, 1983.

Hogg, P. W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.

Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 5th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.

*Petit Larousse illustré*. Paris: Librairie Larousse, 1979. «sécurité».

*Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1973. «security».

ACTION en dommages-intérêts intentée en vertu de l'alinéa 3a) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* sur le fondement d'un présumé acte de négligence commis par des fonctionnaires du Conseil du Trésor du Canada agissant dans le cadre de leur emploi. Action rejetée.

## COUNSEL:

*David F. H. Marler and Andrew G. Deere* for plaintiffs.

*Peter J. Cullen, Raymond Piché and Jacques Ouellet, Q.C.* for defendant.

## SOLICITORS:

*David F. H. Marler*, Montréal, for plaintiffs.

*Stikeman, Elliott*, Montréal, and *Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

## AVOCATS:

*David F. H. Marler et Andrew G. Deere* pour les demandereses.

*Peter J. Cullen, Raymond Piché et Jacques Ouellet, c.r.* pour la défenderesse.

## PROCUREURS:

*David F. H. Marler*, Montréal, pour les demandereses.

*Stikeman, Elliott*, Montréal, et le *sous-procureur général du Canada*, pour la défenderesse.

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

1 NADON J.: The plaintiffs,<sup>1</sup> who are well-known shipowners of Montréal, seek to recover damages<sup>2</sup> from the defendant by reason of delays in the transit times of fifteen of their ships in the St. Lawrence River, the Gulf of St. Lawrence, tributaries of the St. Lawrence River, the St. Lawrence River Seaway System and the Great Lakes (hereinafter referred to as the St. Lawrence River System), during the months of November and December 1989.

2 The plaintiffs, in bringing this action, rely on paragraph 3(a) of the *Crown Liability and Proceedings Act*.<sup>3</sup> The plaintiffs take the position that their loss arises from a tort committed by a servant of the Crown. The plaintiffs also rely on section 78 of the *Public Service Staff Relations Act*,<sup>4</sup> the significance of which will become apparent shortly.

### The Facts

3 The plaintiffs are Canadian shipowners. They regularly have a number of ships, either under their ownership or under charter, in transit on the St. Lawrence River System. The defendant is Her Majesty the Queen in right of Canada. This action stems from an alleged act of negligence committed by public servants employed by the Treasury Board of Canada, acting within the scope of their

1 LE JUGE NADON: Les demanderesse<sup>1</sup>, qui sont des armateurs bien connus de Montréal, poursuivent la défenderesse en dommages-intérêts<sup>2</sup> en raison des retards dans les temps de parcours de quinze de leurs navires sur le fleuve Saint-Laurent, le golfe de Saint-Laurent, certains affluents du fleuve Saint-Laurent, la voie maritime du Saint-Laurent et les Grands Lacs (ci-après appelés la voie maritime du Saint-Laurent) au cours des mois de novembre et de décembre 1989.

2 Au soutien de la présente action, les demandereses invoquent l'alinéa 3a) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*.<sup>3</sup> Elles soutiennent que les pertes qu'elles ont subies sont attribuables à un délit commis par un préposé de la Couronne. Elles invoquent également l'article 78 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*<sup>4</sup>, dont l'importance deviendra bientôt évidente.

### Les faits

3 Les demandereses sont des armateurs canadiens. Plusieurs de leurs navires, dont elles sont elles-mêmes propriétaires ou qu'elles affrètent, transitent régulièrement par la voie maritime du Saint-Laurent. La défenderesse est Sa Majesté la Reine du chef du Canada. La présente action découle d'un présumé acte de négligence qu'auraient commis des fonctionnaires qui travaillent pour le Conseil du Trésor du

employment.

Canada et qui agissaient dans le cadre de leur emploi.

4 From November 10 to December 15, 1989 public servants, including members of the Canadian Coast Guard (CCG), were on strike.<sup>5</sup> On December 15, 1989 the *Government Services Resumption Act*<sup>6</sup> received royal assent thereby ordering the Ships' Crews (supervisory) Group, the Ships' Crews (non-supervisory) Group, and the Hospital Services (supervisory and non-supervisory) Group to return immediately to work.

4 Entre le 10 novembre et le 15 décembre 1989, des fonctionnaires, dont certains membres de la Garde côtière canadienne (la GCC) étaient en grève<sup>5</sup>. Le 15 décembre 1989, la *Loi sur la reprise des services gouvernementaux*<sup>6</sup> a reçu la sanction royale, ordonnant de ce fait le retour immédiat au travail des employés du groupe des équipages de navires (cadres), du groupe des équipages de navires (personnel d'exécution) et du groupe des services hospitaliers (cadres et personnel d'exécution).

5 It is the plaintiffs' contention that because of the strike of the Ships' Crews Groups, their ships were delayed to such an extent that outstanding contracts with shippers and receivers of cargo could not be performed before the end of the navigation season. The plaintiffs submit that the delays caused them to lose revenue in the order of \$2,600,360 and caused them to incur additional expenses in the sum of \$90,000. The plaintiffs' contention is that although the strike in question was a legal strike, the defendant could have avoided, or at the very least minimized, the impact of the strike on the plaintiffs if the public servants employed at the Treasury Board had taken the necessary steps to ensure that the Ships' Crews, by way of the designation process provided for by section 78 of the PSSRA, were available to perform the duties which were required to protect the security and safety of the public.

5 Les demanderesse soutiennent qu'en raison de la grève des employés des groupes des équipages de navires, leurs navires ont été retardés à tel point que des contrats conclus avec des expéditeurs et des réceptionnaires de marchandises n'ont pu être exécutés avant la fin de la saison de la navigation. Les demanderesse affirment que ces retards leur ont causé un manque à gagner de l'ordre de 2 600 360 \$ et les ont obligées à engager des dépenses supplémentaires de 90 000 \$. Elles soutiennent que, bien que la grève en question fût une grève légale, la défenderesse aurait pu éviter, ou à tout le moins minimiser, les répercussions de la grève si les fonctionnaires du Conseil du Trésor avaient pris les mesures nécessaires pour s'assurer, grâce à la procédure de désignation prévue à l'article 78 de la LRTFP, que les équipages de navires étaient disponibles pour exécuter les fonctions qui étaient nécessaires pour assurer la sécurité du public.

6 The CCG is a division of the Department of Transport. It is an administrative organization. Its role is to provide all of the marine services that are the responsibility of the Department of Transport. With respect to the St. Lawrence River, the CCG is responsible for the aids to navigation, vessel traffic management, radio communication, and coastal radio stations. Further, the CCG is responsible for the certification and inspection of Canadian flag ships, certification of Canadian officers, pollution prevention and pollution response, ice breaking, ice observation and information, and finally search and rescue operations in partnership with the Department

6 La GCC est une division du ministère des Transports. Il s'agit d'un organisme administratif. Son rôle consiste à fournir tous les services maritimes qui relèvent du ministère des Transports. En ce qui concerne le fleuve Saint-Laurent, la GCC est chargée des aides à la navigation, de la gestion du trafic maritime, des communications radio et des stations radiophoniques côtières. De plus, la GCC est chargée de la certification et de l'inspection des navires battant pavillon canadien, de la certification des officiers canadiens, de la prévention de la pollution et de la dépollution, de la rupture et de l'observation des glaces et des renseignements sur celles-ci et,

of National Defence.

7 The Ships' Crews who were on strike in November and December of 1989, were, in the normal course of the CCG's business, involved in some of its important areas of activity. Specifically, the Ships' Crews, in the months of November and December of any given year, are involved in removing the summer buoys and replacing them by winter spars. The Ships' Crews are also involved in the ice breaking service operated by the CCG.

8 Because of the strike, the icebreakers normally used by the CCG in the St. Lawrence River were not in service. Further, the summer buoys, which in 1989 would have been removed at the end of November and the early part of December and replaced by winter spars, were not removed. Thus, as a result of the strike and the particularly difficult weather conditions which prevailed in the St. Lawrence River as of November 17, 1989, the summer buoys were caught in ice. In some cases they moved off their respective positions thereby creating a dangerous situation. For these reasons the CCG had to take a number of steps with respect to navigation in the St. Lawrence River which caused delays to the ships in transit. For example, between December 2 and December 4, 1989 the CCG prohibited all navigation between Québec City and Les Escoumins. Not only was transit delayed, in many instances it came to a complete halt.

9 A memorandum prepared by the CCG dated December 6, 1989 entitled *Backgrounder*,<sup>7</sup> explains the situation prevailing on the St. Lawrence River between December 1 and December 6, 1989, as follows:

Re: CLOSING OF ST. LAWRENCE RIVER BETWEEN QUÉBEC CITY AND LES ESCOUMINS

– The St. Lawrence River between Québec City and Les Escoumins closed temporarily on December 1, 1989 as

finalement, des opérations de recherche et de sauvetage en association avec le ministère de la Défense nationale.

7 Les équipages de navires qui étaient en grève en novembre et en décembre 1989 œuvraient, dans le cours normal des activités de la GCC, dans certains de ses domaines d'activité les plus importants. Plus particulièrement, les équipages de navires participent chaque année, en novembre et en décembre, à l'enlèvement des bouées d'été et à leur remplacement par des espars d'hiver. Les équipages de navires participent également à la rupture des glaces effectuée par la GCC.

8 En raison de la grève, les brise-glaces habituellement utilisés par la GCC sur le fleuve Saint-Laurent n'étaient pas en service. En outre, les bouées d'été qui, en 1989, auraient été enlevées à la fin de novembre ou au début de décembre et auraient été remplacées par des espars d'hiver, n'ont pas été enlevées. En conséquence, en raison de la grève et des conditions atmosphériques particulièrement difficiles qui avaient cours sur le fleuve Saint-Laurent le 17 novembre 1989, les bouées d'été ont été prises dans la glace. Dans certains cas, elles ont dérivé de leur position respective, créant ainsi une situation dangereuse. Pour ces raisons, la GCC a dû prendre plusieurs mesures relativement à la navigation sur le fleuve Saint-Laurent, mesures qui ont causé des retards aux navires en transit. Ainsi, entre le 2 et le 4 décembre 1989, la GCC a interdit toute navigation entre Québec et Les Escoumins. Non seulement le transport a-t-il été retardé, mais, dans de nombreux cas, il a été complètement paralysé.

9 Une note de service rédigée par la GCC le 6 décembre 1989 et intitulée [TRADUCTION] *Exposé de la situation*<sup>7</sup> explique dans les termes suivants la situation qui existait sur le fleuve Saint-Laurent entre le 1<sup>er</sup> et le 6 décembre 1989:

[TRADUCTION]

OBJET: FERMETURE DU FLEUVE SAINT-LAURENT ENTRE QUÉBEC ET LES ESCOUMINS

– Le fleuve Saint-Laurent a été temporairement fermé à toute navigation entre Québec et Les Escoumins le

a result of deterioration of navigation conditions brought on by the fact that it has not been possible to lift the summer buoys (aids to navigation) and replace them with winter buoys in the navigation channel. This closure resulted from the ships' crew[s] onboard Coast Guard vessels having been on strike since November 11, 1989. Mediation talks began on Wednesday, November 29, and terminated without resolution at 0330 on Saturday, December 2, 1989.

- Due to below normal temperatures, the buoys are heavily iced and some have been broken free from their normal locations by the moving ice floes. Some of these buoys have submerged due to the ice in the area while others are moving with the ice, with some in the navigation channel. These rogue buoys, as well as a number lost altogether at this stage and an unknown number of buoy anchors on the bottom of the shipping channel, all represented a hazard to navigation and resulted in the need to close navigation.
- There was a tug survey undertaken on Sunday, December 3, 1989 and a tug and helicopter survey on Monday, December 4, 1989 of sections both above and below Québec to survey the channel to determine if consideration could be given to opening the area under restricted navigation conditions. Results of the Monday survey were reviewed and a decision based on recommendations from the Laurentian Pilotage Authority, the two Pilot Corporations concerned, and the Canadian Coast Guard, the Minister agreed to the opening of the channel on Tuesday, December 5, 1989 between Québec City and Les Escoumins based on restricted navigation conditions. These conditions for two-way transit in the area as modified based on the first day of operations are:
  - daylight navigation between Québec & Pointe au Pic with 24 hour navigation between Pointe au Pic and Les Escoumins
  - two pilots on board
  - tug to be kept on patrol/available in North Traverse during hours of navigation
  - satisfactory visibility
  - draft restrictions (6 feet under keel)
- In addition, the river between Montréal and Québec City will also have similar navigation restrictions with additional restrictions added. These restrictions are:
  - daylight navigation
- 1<sup>er</sup> décembre 1989 en raison de la détérioration des conditions de navigation causée par le fait qu'il n'a pas été possible d'enlever les bouées d'été (aides à la navigation) et de les remplacer par des bouées d'hiver dans le chenal navigable. Cette fermeture s'explique par le fait que les équipages de navires qui se trouvaient à bord des navires de la Garde côtière sont en grève depuis le 11 novembre 1989. Des pourparlers ont été entamés le mercredi 29 novembre et se sont terminés à 3 h 30 le samedi 2 décembre 1989 sans que les parties arrivent à trouver une solution.
- En raison des températures inférieures à la normale, les bouées sont recouvertes d'une couche épaisse de glace et certaines ont été déplacées de leur emplacement habituel en raison du mouvement des embâcles. Certaines de ces bouées sont immergées en raison de la glace présente dans ce secteur, tandis que d'autres se déplacent avec les glaces et que d'autres encore se retrouvent dans le chenal navigable. Ces bouées à la dérive, de même que plusieurs bouées dont on a complètement perdu la trace et un nombre indéterminé d'ancres qui se trouvent au fond du chenal navigable représentent toutes un danger pour la navigation et ont rendu nécessaire l'interdiction de la navigation.
- Un remorqueur a procédé à l'observation des secteurs du chenal situés en amont et en aval de Québec le dimanche 3 décembre 1989 et un remorqueur et un hélicoptère ont observé le même secteur le lundi 4 décembre 1989 pour déterminer si l'on pouvait envisager d'ouvrir le secteur à certaines conditions de navigation restreinte. Les résultats des observations du lundi ont été examinés et par suite des recommandations de l'Administration de pilotage des Laurentides, des deux associations de pilotes concernées et de la Garde côtière canadienne, le ministre a accepté d'ouvrir le chenal à la navigation le mardi 5 décembre 1989 entre Québec et Les Escoumins à certaines conditions de navigation restreinte. Voici les conditions modifiées applicables à la navigation dans les deux sens dans la zone en question pour ce qui est de la première journée d'activité:
  - navigation de jour entre Québec et Pointe-au-Pic et navigation jour et nuit entre Pointe-au-Pic et Les Escoumins;
  - présence obligatoire de deux pilotes à bord;
  - des remorqueurs doivent patrouiller le secteur et se tenir prêts à intervenir dans la traverse du Nord durant les heures de navigation;
  - visibilité satisfaisante;
  - restrictions en ce qui concerne le tirant d'eau (dégauchement sous quille de six pieds).
- En plus d'être soumise à ces restrictions, la navigation fluviale entre Montréal et Québec sera soumise aux restrictions supplémentaires suivantes:
  - navigation de jour;



- two pilots on board
- satisfactory visibility
- draft restrictions (6 feet under keel clearance)
- tug to be kept on standby during navigation hours at the Québec bridge and at the Lavolette Bridge at Trois Rivières
- tug to patrol in the Québec City to Grondine area
- one way navigation

- As of 0700, December 6, 1989, there were 14 vessels in the Gulf of St. Lawrence bound for the pilot boarding station at Les Escoumins, 49 vessels waiting or in transit upbound between Les Escoumins and Québec City, 22 vessels transiting the Seaway downbound for Montréal, and 15 downbound from Montréal to Québec City.

- This morning due to significant ice buildup at Lavolette Bridge at Trois Rivières, it has been necessary to temporarily close this section of the river. Tugs have been despatched to attempt to work on this situation.

At 2154 Sunday, December 3, 1989 the ENERCHEM ASPHALT while entering St. Lambert lock (first Seaway lock opposite Montréal in the Montréal/Lake Ontario section of the Seaway) hit and damaged the upper gates of the lock. Repairs were completed and the lock reopened at 0545, December 6, 1989.

At a cost of between \$5,000 and \$15,000/day, or more dependent upon the type of ship, the cost to shipowners, during stoppage in the system are significant.

Current water temperatures at Montréal are 0°, and at Beauharnois Québec are 0.2°C (this is in comparison to the 10-year average, on this same date of 3.6°C). There is a report of 4 inches of ice in the south shore canal of the Seaway.

- The International St. Lawrence River Board of Control (Board of IJC) approved a reduction in flow of 28,000 cubic feet per second (cfs) on the river last night so as to promote formation of a stable ice cover on the Beauharnois Canal. This is in accordance with normal practice but is occurring nearly three weeks earlier than normal.

- présence obligatoire de deux pilotes à bord;
- visibilité satisfaisante;
- restrictions en ce qui concerne le tirant d'eau (dégalement sous quille de six pieds);
- un remorqueur doit être prêt à intervenir durant les heures de navigation au pont de Québec et au pont Lavolette de Trois-Rivières;
- un remorqueur doit patrouiller le secteur de Québec à Grondines;
- navigation à sens unique.

- À 7 h le 6 décembre 1989, 14 navires se trouvaient dans le golfe du Saint-Laurent en direction de la station d'embarquement des pilotes des Escoumins, 49 navires étaient en attente ou remontaient le fleuve entre Les Escoumins et Québec, 22 navires étaient en transit dans la voie maritime et se dirigeaient en aval vers Montréal, et 15 navires descendaient de Montréal à Québec.

- Ce matin, en raison d'une importante accumulation de glaces sous le pont Lavolette de Trois-Rivières, il a fallu fermer temporairement cette section du fleuve. Des remorqueurs ont été dépêchés pour tenter d'améliorer la situation.

À 21 h 54, le dimanche 3 décembre 1989, alors qu'il pénétrait dans l'écluse de Saint-Lambert (la première écluse située en face de Montréal dans le secteur de Montréal/lac Ontario de la voie maritime), l'ENERCHEM ASPHALT a heurté et endommagé les portes amont de l'écluse. Des réparations ont été effectuées et l'écluse a été rouverte à 5 h 45 le 6 décembre 1989.

Les frais que doivent supporter les propriétaires de navire pendant la paralysie de la voie maritime sont importants et se chiffrent entre 5 000 \$ et 15 000 \$ par jour, ou encore plus, selon le type de navire.

La température actuelle de l'eau à Montréal est de 0°, et à Beauharnois (Québec), elle est de 0,2 °C (alors que, sur une moyenne de dix ans, elle s'établit à cette date à 3,6 °C). On signale une couche de glace de quatre pouces d'épaisseur sur le chenal de la rive sud de la voie maritime.

- Le Comité international de régie du Saint-Laurent a approuvé la nuit dernière une diminution de 28 000 pieds cubes par seconde du débit du fleuve pour favoriser la formation d'une couche de glace stable dans le canal de Beauharnois. Cette mesure est conforme aux pratiques normales, mais elle survient près de trois semaines plus tôt qu'à l'accoutumée.

10 This situation was aggravated when, as the memorandum relates, on December 3, 1989 at 21:54 hours the ship *Enerchem Asphalt* collided with the

Cette situation s'est aggravée lorsque, comme il est relaté dans la note de service, à 21 h 54, le 3 décembre 1989, l'*Enerchem Asphalt* est entré en 10

upper gates of the St. Lambert lock. As a result of this collision the St. Lambert lock was closed until 05:45 hours on December 6, 1989.

collision avec les portes amont de l'écluse. Par suite de cette collision, l'écluse de Saint-Lambert a été fermée jusqu'à 5 h 45 le 6 décembre 1989.

11 The memorandum goes on to highlight the fact that the closure of the St. Lambert lock was very costly to the owners and charterers of ships using the Seaway system. It goes without saying that the closure of the St. Lawrence River between Québec City and Les Escoumins was also costly to ship-owners.

Dans la note de service, la GCC poursuit en faisant ressortir le fait que la fermeture de l'écluse de Saint-Lambert a été fort coûteuse pour les armateurs et affréteurs de navires qui empruntaient la voie maritime. Il va sans dire que la fermeture du fleuve Saint-Laurent entre Québec et Les Escoumins a également été coûteuse pour les propriétaires de navires. 11

12 The memorandum also explains what steps the CCG decided to take following the resumption of navigation on the St. Lawrence River on December 5, 1989. For example, with respect to navigation between Montréal and Québec City, restrictions were put into place by the CCG to assure safe navigation, i.e. daylight navigation, two pilots on board, draft restrictions, tugs to be kept on standby at the Québec Bridge and at the Laviolette Bridge in Trois-Rivières, and one-way navigation.

La GCC explique également dans la note de service les mesures qu'elle a décidé de prendre à la suite de la reprise de la navigation sur le fleuve Saint-Laurent le 5 décembre 1989. Par exemple, en ce qui concerne la navigation entre Montréal et Québec, la GCC a mis en place des restrictions pour garantir la sécurité de la navigation, à savoir la navigation de jour, la présence obligatoire de deux pilotes à bord, l'imposition de restrictions quant au tirant d'eau, la présence de remorqueurs prêts à intervenir au pont de Québec et au pont Laviolette de Trois-Rivières et la navigation à sens unique. 12

13 The memorandum attributes the problem with the buoys to "below normal temperatures". The overall evidence, including that of expert witness Fred Parkinson, was to the effect that the cold weather which set in mid-November 1989 did not abate. In fact, beginning November 17, 1989, except for November 20, the prevailing temperature remained below 0. According to Mr. Parkinson, the weather conditions were approximately one month early, i.e. they should have been expected at the end of December/early January.

Dans sa note de service, la GCC attribue le problème des bouées aux «températures inférieures à la normale». Suivant l'ensemble de la preuve, et notamment le témoignage de l'expert Fred Parkinson, le temps froid qui s'est installé au milieu de novembre en 1989 ne s'est pas modéré. De fait, à compter du 17 novembre 1989, les températures sont demeurées inférieures à zéro, sauf le 20. Selon M. Parkinson, l'hiver était en avance d'environ un mois, et les conditions atmosphériques étaient celles qu'on aurait dû avoir à la fin de décembre ou au début de janvier. 13

14 Thus, it can be said that it was a particularly bad year not to have ice breakers in service. It was also a bad year not to have been able to remove the summer buoys.

Ainsi, on peut donc dire que l'absence de brise-glaces en service et l'impossibilité d'enlever les bouées d'été tombaient particulièrement mal cette année-là. 14

15 I should point out that following the CCG's decision to close the St. Lawrence River between Québec City and Les Escoumins, a meeting was

Je tiens à souligner qu'à la suite de la décision de la GCC de fermer le Saint-Laurent entre Québec et Les Escoumins, une rencontre a été organisée à 15

organized at Montréal between officials of the Coast Guard and representatives of the shipping industry. Also in attendance were representatives of the pilotage associations. During the meeting, the CCG put forward a plan which is reflected in a note to file prepared by the then Deputy Coast Guard Commissioner, Michael Turner, who is presently the Commissioner. The note to file is dated December 4, 1989 and reads as follows:

Re: Conditions for resumption of safe navigation on the St. Lawrence River, Montréal to Les Escoumins.

At 1500hrs December 4, 1989, a telephone conference was held to receive the reports from the surveillance by tug and helo on the river, and the recommendations / advice of pilots. Those participating were:

Ottawa: Quail/ Turner/ Quinn/ Hubbard/ McNeill/ Kingston.

Montréal & Québec: Chouinard & LaHaie (LPA), Leroux (Central Pilots), Pouliot, Dufour & Lapointe (Lower Pilots), Latremouille & Duval (CCG-L).

After discussion on the present situation, all parties agreed that navigation could safely recommence, providing that the following compensating conditions were implemented:

#### QUÉBEC TO LES ESCOUMINS:

- Navigation would reopen effective daybreak tomorrow,
- movements in daylight only, subject to satisfactory visibility,
- Each vessel to have two pilots,
- minimum six feet underkeel clearance to be maintained,
- A tug to be kept on patrol / available in the area of the North Traverse, during hours of navigation.

#### MONTRÉAL TO QUÉBEC:

- Navigation to continue as present with two pilots, and daylight only, satisfactory visibility, plus:
- Tug to be kept on standby during navigation hours at the Québec bridge,
- Tug to be kept on standby during navigation hours at the Lavolette Bridge at Trois Rivières,

Montréal entre des fonctionnaires de la Garde côtière et des représentants de l'industrie de la navigation. Des représentants des associations de pilotage assistaient également à cette réunion. Au cours de cette réunion, la GCC a proposé un plan dont il est fait état dans une note au dossier rédigée par le sous-commissaire de la Garde côtière de l'époque, M. Michael Turner, qui en est maintenant le commissaire. La note porte la date du 4 décembre 1989 et est ainsi libellée:

[TRADUCTION]

OBJET: Conditions de la reprise de la navigation sur le fleuve Saint-Laurent entre Montréal et les Escoumins.

À 15 h le 4 décembre 1989, une conférence téléphonique a eu lieu afin de prendre connaissance des comptes rendus des observations du fleuve effectuées par voie fluviale et par voie aérienne, et pour recevoir les recommandations et les conseils des pilotes. Participaient à cette réunion:

d'Ottawa: MM. Quail/ Turner/ Quinn/ Hubbard/ McNeil/ Kingston

de Montréal et Québec: MM. Chouinard & LaHaie (APL), Leroux (pilotes du Saint-Laurent central), Pouliot, Dufour & Lapointe (pilotes de la Corp. du Bas Saint-Laurent), Latremouille & Duval (GCC-Laurentides).

Après avoir discuté de la situation actuelle, les parties ont toutes convenu que la navigation pouvait reprendre en toute sécurité aux conditions suivantes:

#### ENTRE QUÉBEC ET LES ESCOUMINS:

- La navigation reprendra à l'aube demain;
- Navigation de jour seulement, à condition que la visibilité soit satisfaisante;
- Chaque navire doit avoir au moins deux pilotes à bord;
- Dégagement sous quille de six pieds requis;
- Un remorqueur devra patrouiller et se tenir prêt à intervenir dans le secteur de la traverse du Nord durant les heures de navigation.

#### ENTRE MONTRÉAL ET QUÉBEC:

- La navigation se poursuivra aux conditions actuelles, à savoir, navigation de jour, avec deux pilotes à bord, à condition que la visibilité soit satisfaisante;
- Un remorqueur doit se tenir prêt à intervenir au pont de Québec durant les heures de navigation;
- Un remorqueur doit se tenir prêt à intervenir au pont Lavolette de Trois-Rivières durant les heures de navigation;

- One way traffic each day, at least until some experience gained.
- Minimum six feet underkeel clearance, (effectively at least three feet more than presently allowed for).
- Tug to patrol in the Québec to Grondine area.
- Ships bound Trois Rivières area not to depart unless anchorage or berth available at end of day destination. (To be co-ordinated by pilots/LPA & VTS.)
- Circulation à sens unique chaque jour, sauf avis contraire;
- Dégagement sous quille minimal requis de six pieds (soit au moins trois pieds de plus que le dégagement sous quille actuel);
- Un remorqueur doit patrouiller le secteur de Québec à Grondines;
- Les navires en direction de Trois-Rivières ne doivent lever l'ancre que si un mouillage ou un poste d'amarrage est disponible au lieu de destination de la fin de la journée (à être coordonné par des pilotes de l'APL et du STM);

It was agreed that Ran Quail would now take forward these views to the Deputy Minister / Minister for discussion.

After briefing the Deputy at about 1550, word was received from the DM at about 1605 that the proposals were acceptable to the Minister.

A conference call was then held at 1630 with all the parties involved in the 1500 discussion, plus:

Les MacArthur & Angus Laidlaw (CSA), Frank Nichol & Ivan Lantz (ShipFed), Kieran Shanahan (Ultramar) to advise of the Minister's agreement and review / confirm the conditions noted above. During the discussion it was noted that:

- First day (Dec 5th) for Québec to Montréal section will be downbound, as there are 29-31 ships ready in Mtl to Québec.

- LPA expects to be able to handle about 24 of 31 ships East of Québec waiting to come up, during the first day. This will ease planning re berths & anchorages for upbound traffic.

- First ship downbound from Québec will not be a tanker.

- LPA confirmed vessels will not be delayed if a vessel ahead in rotation is too deep and must await tidal conditions. i.e. pilotage use will be maximized, traffic kept moving.

- LPA expects no problem in accomodating [*sic*] the "Nilam", Ultramar's first incoming crude carrier.

Discussion followed on the disposition of, and payment for, tugs in support of these operations. It was noted that ShipFed / FedNav had prepositioned the McAllister tugs to Québec, and these are now on hire to them on the expectation that the CCG will cover the costs if the reopening plan proceeds. The Québec Tugs unit used for the North Traverse survey was similarly arranged for by the Shipping Federation.

Il a été convenu que Ran Quail transmettrait ces propositions au sous-ministre ou au ministre pour examen.

Après avoir été mis au courant de la situation vers 15 h 50, le sous-ministre a fait savoir vers 16 h 05 que le ministre jugeait les propositions acceptables.

Une conférence téléphonique a alors eu lieu vers 16 h 30 entre toutes les personnes qui avaient participé au débat de 15 h, de même qu'avec:

Les MacArthur et Angus Laidlaw (CSA), Frank Nichol et Ivan Lantz (ShipFed), Kieran Shanahan (Ultramar) pour les informer de l'accord du ministre et pour examiner et confirmer les conditions susmentionnées. Au cours de cette discussion, il a été souligné que:

- Le premier jour (5 déc.), la navigation sera descendante entre Montréal et Québec, étant donné qu'il y a déjà à Montréal entre 29 et 31 navires qui sont prêts à partir pour Québec;

- L'APL prévoit pouvoir s'occuper le premier jour de 24 des 31 navires qui se trouvent à l'est de Québec et qui attendent pour remonter. Cette mesure facilitera la planification des mouillages et des postes d'amarrage des navires remontant le fleuve.

- Le premier navire descendant de Québec ne sera pas un pétrolier;

- L'APL a confirmé que les navires ne seront pas retardés si le navire qui attend son droit de passage devant eux a un tirant d'eau trop fort et doit attendre que la marée change; on recourra alors le plus possible au pilotage, ou l'on s'assurera que la circulation maritime se poursuit;

- L'APL prévoit pouvoir s'occuper sans problème du «Nilam», le premier pétrolier d'Ultramar qui arrivera.

Des discussions ont suivi sur la disposition des remorqueurs et sur le règlement des services fournis pour effectuer ces opérations. On a fait remarquer que ShipFed/FedNav avait mis en position les remorqueurs de McAllister à Québec, et qu'elles les avait loués dans l'espoir que la GCC assume les frais si le plan de réouverture était suivi. La Fédération maritime a pris des mesures semblables en ce qui concerne l'unité de remorquage de Québec qui a été utilisée pour les observations faites dans la traverse du Nord.

## IT WAS AGREED THAT:

– Coast Guard (Laur.) will now arrange to contract with Québec Tugs for the North Traverse patrol, and will cover the costs of the patrol / survey update.

– Coast Guard (Laur.) will pick up the contract for the McAllister tug to be used for Que-Grondine patrol, and will send the other unit back to Montréal, also covering the costs to date of both units.

– Coast Guard (Laur.) will now contract with Québec Tugs for the unit to standby the Québec Bridge and for the Trois Rivières tug “Dugal” to standby the Laviolette bridge.

It was also agreed that a suitable NotShip would be issued by Laurentian region, advising of restoration of navigation, and the draft restrictions that would apply. Industry organizations would assist in promulgating the information.

16 The CCG had advised the shipping industry at the end of October 1989 that the strike by the Ships’ Crews was a very serious possibility. At one point in time the CCG considered hiring the private sector to undertake the removal of the summer buoys. However, that option was not exercised. The CCG firmly believed that the strike would end quickly and that sufficient time would be available to remove the summer buoys before the cold weather set in. However, as events unfolded, cold weather set in early and the summer buoys became an obstacle to navigation. As a result of all of this, the CCG had to take the unusual step of closing the St. Lawrence River from December 2 to December 4.

17 Also of interest in understanding the effect of the strike combined with the cold weather on navigation in the St. Lawrence River is a document entitled *Évolution des restrictions de circulation* [in English *Chronology of Restrictions on Movements*] which sets out, in chronological order, the various notices to mariners issued in December 1989 by the CCG as of 21:25 hours on December 1, 1989.

## IL A ÉTÉ CONVENU QUE:

– La Garde côtière (Laur.) prendra des mesures pour contracter avec les remorqueurs de Québec pour assurer la patrouille de la traverse du Nord et assumera les frais du compte rendu de la patrouille et des observations.

– La Garde côtière (Laur.) prendra à sa charge le contrat prévoyant l’utilisation du remorqueur de McAllister pour la patrouille de la région située entre Québec et Grondines et enverra une autre unité à Montréal; elle assumera les frais engagés jusqu’à maintenant par les deux unités.

– La Garde côtière (Laur.) signera un contrat avec les remorqueurs de Québec afin que l’unité se tienne prête à intervenir au pont de Québec, et prendra des mesures pour que le remorqueur «Dugal» se tienne prêt à intervenir au pont Laviolette de Trois-Rivières.

Il a également été convenu qu’un avis serait envoyé par la région des Laurentides aux navigateurs maritimes pour les informer de la reprise de la navigation et des restrictions s’appliquant aux tirants d’eau. Les organismes de l’industrie contribueraient à la diffusion de ces renseignements.

16 La GCC avait informé l’industrie de la navigation à la fin octobre 1989 que le déclenchement d’une grève par les équipages des navires était une très sérieuse possibilité. À un moment donné, la GCC a envisagé la possibilité d’engager une entreprise privée pour entreprendre l’enlèvement des bouées d’été. Elle n’a toutefois pas donné suite à cette idée. La GCC croyait fermement que la grève se terminerait rapidement et qu’on disposerait de suffisamment de temps pour enlever les bouées d’été avant que le temps froid ne s’installe. Toutefois, comme la suite des événements l’a démontré, le froid est arrivé de façon précoce et les bouées d’été sont devenues des obstacles à la navigation. En conséquence, la GCC a dû prendre la mesure inhabituelle de fermer le fleuve Saint-Laurent à la navigation entre le 2 et le 4 décembre.

17 Pour bien comprendre les répercussions de cette grève et du temps froid sur la navigation sur le fleuve Saint-Laurent, il est également intéressant de signaler un document intitulé *Évolution des restrictions de circulation* [en anglais *Chronology of Restrictions on Movements*] qui énumère par ordre chronologique les divers avis aux navigateurs qui ont été publiés par la GCC en date du 1<sup>er</sup> décembre 1989, à 21 h 25.

[TRANSLATION]

CHRONOLOGY OF RESTRICTIONS ON MOVEMENTS

<u>Notice #</u>			<u>Cancelled by notice No.</u>
4212	89-12-01/21:25 Date and time-UTC <sup>8</sup> Dec. 01-18:50 Date and time-local	Navigation interrupted between Québec and Les Escoumins (notice)  (RIC) <sup>9</sup>	4381
4368	89-12-04-19:16 (Dec. 04-14:45)	No transit in Québec Bridge sector	4381
4381	89-12-04/21:33  Dec. 04-22:03 (F) 23:01 (E)	Daylight navigation only, December 5, downbound Montréal to Québec.  Both ways between Québec and Les Escoumins	4409
4409	89-12-05/23:45  Dec. 05-19:19 (F) 20:23 (E)	Daylight navigation only between Les Escoumins and Montréal December 6, downbound Québec to Montréal Both ways between Québec and Les Escoumins	4428
4428	89-12-05/23:45 Dec. 06-17:02 idem as L-4409	Daylight navigation only between Cap-aux-Oies and Montréal December 7 downbound Québec to Montréal Both ways between Québec et Les Escoumins	4440
4440	89-12-07/09:25 (Dec. 07-04:52)	Daylight navigation only between Cap-aux-Oies and Trois-Rivières Québec – Trois-Rivières: direction and date not specified Both ways between Québec et Les Escoumins	4458
4458	89-12-07/22:52 (Dec. 08-10:09)	Daylight navigation only between Cap-aux-Oies and Montréal December 8 upbound Québec to Montréal Both ways between Québec and Les Escoumins	4490
4490	89-12-08/22:46 (Dec. 08-19:11)	Daylight navigation only between Cap-aux-Oies and Montréal December 9 downbound Montréal to Québec. Both ways between Québec and Les Escoumins Night navigation on 89-12-09 starting at 16:00 from Québec to the sea	4520
4520	89-12-90/21:52 (Dec. 09-17:15)	Daylight navigation only between Cap-aux-Oies and Montréal Night navigation eastbound from Québec December 10 downbound Montréal to Québec Both ways between Québec and Les Escoumins	4540
4540	89-12-10-/21:34 (Dec. 10-16:50)	Daylight navigation only between Cap-aux-Oies and Montréal Night navigation eastbound from Québec December 11 downbound Montréal to Québec Both ways between Québec and Les Escoumins	4581
4581	89-12-11/23:52 (Dec. 11-19:48)	Daylight navigation Cap-aux-Oies to Montréal Night navigation one way in certain sectors following consultations. Both ways between Québec and Les Escoumins One way on the 12th Québec to Montréal Vessels at Rivière Maheu may leave on the 12th starting at 03:30	4613

ÉVOLUTION DES RESTRICTIONS DE CIRCULATION

<u>Avis n°</u>			<u>Annulé par avis n°</u>
4212	89-12-01/21:25 Date et heure UTC <sup>8</sup> (déc. 01-18:50) Date et heure locale	Interruption navigation entre Québec et les Escoumins (avis)  (CRI) <sup>9</sup>	4381
4368	89-12-04/19:16 déc. 04-14:45	Pas de transit dans secteur du pont de Québec	4381
4381	89-12-04/21:33  déc. 04-22:03 (F) 23:01 (A)	Navigation le jour seulement, le 5 décembre dans le sens Montréal vers Québec.  Dans les deux sens entre Québec et Les Escoumins	4409
4409	89-12-05/23:45  déc. 05-19:19 (F) 20:23 (A)	Navigation de jour seulement entre les Escoumins et Montréal Le 6 décembre dans le sens Québec-Montréal Dans les deux sens entre Québec et Les Escoumins	4428
4428	89-12-05/23:45 déc. 06-17:02 idem que L-4409	Navigation de jour seulement entre Cap-aux-Oies et Montréal Le 7 décembre dans le sens Québec – Montréal Dans les deux sens entre Québec et Les Escoumins	4440
4440	89-12-07/09:25 (déc. 07-04:52)	Navigation de jour seulement entre Cap-aux-Oies et Trois- Rivières Québec – Trois-Rivières: sens et date non spécifiés Dans les deux sens entre Québec et les Escoumins	4458
4458	89-12-07/22:52 (déc. 08-10:09)	Navigation de jour seulement entre Cap-aux-Oies et Montréal Le 8 décembre dans le sens Québec vers Montréal Dans les deux sens entre Québec et Les Escoumins	4490
4490	89-12-08/22:46 (déc. 08-19:11)	Navigation de jour seulement entre Cap-aux-Oies et Montréal Le 9 décembre dans le sens Montréal vers Québec. Dans les deux sens entre Québec et Les Escoumins Navigation nocturne le 89-12-09 à partir de 16 h – L de Québec vers la mer	4520
4520	89-12-90/21:52 (déc. 09-17:15)	Navigation de jour seulement entre Cap-aux-Oies et Montréal Navigation nocturne en direction est à partir de Québec Le 10 décembre dans le sens Montréal vers Québec Dans les deux sens entre Québec et Les Escoumins	4540
4540	89-12-10-/21:34 (déc. 10-16:50)	Navigation de jour seulement entre Cap-aux-Oies et Montréal Navigation nocturne en direction est à partir de Québec Le 11 décembre dans le sens de Montréal vers Québec Dans les deux sens entre Québec et Les Escoumins	4581
4581	89-12-11/23:52 (déc. 11-19:48)	Navigation diurne [ <i>sic</i> ] Cap-aux-Oies à Montréal Navigation nocturne à sens unique dans certains secteurs suite à des consultations. Deux sens entre Québec et Les Escoumins Sens unique le 12 Québec à Montréal Navires à Rivière Maheu pourront partir le 12 à compter de 03:30	4613

Notice #			Cancelled by notice No.
4613	89-12-13/00:01 (Dec. 12-20:58)	<b>Cap-aux-Oies – Québec</b> (both ways): both ways during the day; one way at night. <b>Québec – Trois-Rivières</b> (both ways): daylight only one way; on the 13th, Québec to Trois-Rivières. <b>Trois-Rivières – Montréal</b> (both ways): daylight only; both ways if no meetings (plan with STM)	4623
4623	89-12-13/22:15 (Dec. 13-17:34)	<b>Cap-aux-Oies – Québec</b> (both ways): both ways during the day; one way at night. <b>Québec – Trois-Rivières</b> (both ways): daylight only one way; on the 14th, Trois-Rivières to Québec <b>Trois-Rivières – Montréal</b> (both ways): dailight only; both ways if no meetings (plan with STM)	4650
4650	89-12-14/22:55	Idem <b>Québec – Trois-Rivières</b> (both ways): on the 15th: Québec to Trois-Rivières Idem	4683
4683	89-12-15/20:43 (Dec. 15-)	Idem <b>Trois-Rivières to Québec on the 16th:</b> one way, daylight only. <b>Trois-Rivières to Montréal:</b> daylight only. Both directions authorized if no meeting. Planning will be done by STM-Mtl, minimum underkeel clearance of 1.84 m. Departures authorized after 06:00 hours.	4689
4689	89-12-16/20:28 (Dec. 16-16:12)	Idem <b>Québec – Trois-Rivières</b> (both ways): on the 17th: Trois-Rivières to Québec Idem	4698
4698	89-12-17/19:37 (Dec. 17-15:12)	Idem <b>Québec – Trois-Rivières</b> (both ways): on the 18th Québec to Trois-Rivières Idem	4726
4726	89-12-18/21:49 (Dec. 18-17:14)	Idem <b>Québec – Trois-Rivières</b> (both ways): on the 19th, Trois-Rivières to Québec Idem	4753
4753	89-12-19/22:39 (Dec. 19-18:04)	Idem <b>Québec – Trois-Rivières:</b> (both ways) on the 20th: Québec to Trois-Rivières Idem	4774
4774	89-12-20/22:06 (Dec. 20-17:36)	<b>East of Québec:</b> both ways, day and night <b>Québec – Trois-Rivières</b> (both ways): daylight only, one way on the 21st: Trois-Rivières to Québec <b>Trois-Rivières – Montréal</b> (both ways): Idem	4784



<u>Avis n°</u>			<u>Annulé par avis n°</u>
4613	89-12-13/00:01 (déc. 12-20:58)	<b>Cap-aux-Oies – Québec</b> (2 sens): deux sens de jour; de nuit à sens unique. <b>Québec – Trois-Rivières</b> (2 sens): jour seulement à sens unique; le 13, Québec à Trois-Rivières. <b>Trois-Rivières – Montréal</b> (2 sens): jour seulement: deux sens s'il n'y a pas de rencontre (planification avec STM)	4623
4623	89-12-13/22:15 (déc. 13-17:34)	<b>Cap-aux-Oies – Québec</b> (2 sens): deux sens de jour; de nuit à sens unique <b>Québec – Trois-Rivières</b> (2 sens): jour seulement à sens unique; le 14, Trois-Rivières à Québec <b>Trois-Rivières – Montréal</b> (2 sens): jour seulement; deux sens s'il n'y a pas de rencontre (planifier STM)	4650
4650	89-12-14/22:55	Idem <b>Québec – Trois-Rivières</b> (2 sens): le 15: Québec à Trois-Rivières Idem	4683
4683	89-12-15/20:43 (déc. 15-)	Idem <b>Trois-Rivières vers Québec le 16:</b> sens unique de jour seulement. <b>Trois-Rivières à Montréal:</b> de jour seulement. Deux sens autorisé s'il n'y a pas de rencontre. Planification sera effectuée par STM-Mtl, dégagement sous quille minimal de 1,84 m. Départs autorisés après 06:00 heures.	4689
4689	89-12-16/20:28 (déc. 16-16:12)	Idem <b>Québec – Trois-Rivières</b> (2 sens): le 17: Trois-Rivières à Québec Idem	4698
4698	89-12-17/19:37 (déc. 17-15:12)	Idem <b>Québec – Trois Rivières</b> (2 sens): le 18, Québec à Trois-Rivières Idem	4726
4726	89-12-18/21:49 (déc. 18-17:14)	Idem <b>Québec – Trois-Rivières</b> (2 sens): le 19: Trois-Rivières à Québec Idem	4753
4753	89-12-19/22:39 (déc. 19-18:04)	Idem <b>Québec – Trois-Rivières:</b> (2 sens) le 20: Québec à Trois-Rivières Idem	4774
4774	89-12-20/22:06 (déc. 20-17:36)	<b>de Québec vers l'est:</b> 2 sens, de jour et de nuit <b>Québec – Trois-Rivières</b> (2 sens): jour seulement sens unique le 21: Trois-Rivière à Québec <b>Trois-Rivières – Montréal</b> (2 sens): Idem	4784

<u>Notice #</u>			<u>Cancelled by notice No.</u>
4784	89-12-20/22:06 (Dec. 21-18:26)	Idem <b>Québec – Trois-Rivières</b> (both ways): on the 22nd: Trois-Rivières to Québec <b>Trois-Rivières – Sorel</b> (both ways): daylight only regardless of direction if there are no meetings (plan with STM) <b>Sorel – Montréal</b> (both ways): both ways day and night	4795
4795	89-12-20/22:06 (Dec. 22-16:11)	Idem <b>Québec – Trois-Rivières</b> (both ways): on the 23rd: Trois-R. to Québec <b>Trois-Rivières – Sorel</b> (both ways): Idem Idem	4801
4801	89-12-23/19:10 (Dec. 23-14:22)	Idem on the 24th: <b>Trois-Rivières to Québec</b> Idem Idem	4807
4807	89-12-24/18:37 (Dec. 24-14:02)	St. Lawrence River: day and night navigation both ways. (1.84 m. clearance required)	0084

<u>Avis n°</u>			<u>Annulé par avis n°</u>
4784	89-12-20/22:06 (déc. 21-18:26)	Idem <b>Québec – Trois-Rivières</b> (2 sens): le 22: T.-Rivières à Québec <b>Trois-Rivières – Sorel</b> (2 sens): jour seulement n'importe quel sens s'il n'y a pas de rencontre (planification STM) <b>Sorel – Montréal</b> (2 sens): 2 sens jour et nuit	4795
4795	89-12-20/22:06 (déc. 22-16:11)	Idem <b>Québec – Trois-Rivières</b> (2 sens): le 23: Trois-R. à Québec <b>Trois-Rivières – Sorel</b> (2 sens): Idem Idem	4801
4801	89-12-23/19:10 (déc. 23-14:22)	Idem le 24: <b>Trois-Rivières à Québec</b> Idem Idem	4807
4807	89-12-24/18:37 (déc. 24-14:02)	Fleuve St-Laurent: navigation jour et nuit dans les deux sens. (dégagement de 1,84 m requis)	0084

- 18 The Commissioner of the CCG, Mr. Michael Turner, testified at the trial of this matter. Mr. Turner was also examined by the plaintiffs on discovery.<sup>10</sup> During his testimony, Mr. Turner explained what the CCG did prior to and during the strike to allow marine traffic to proceed in safety. According to Mr. Turner, the strike was comprised of a number of phases. First, the lead-up period to the commencement of the strike. During this period, the CCG did all of its planning in anticipation of the strike and consulted with the shipping industry on a number of matters, in particular regarding the removal of the summer aids to navigation. It is also during this period that the CCG considered contracting out to the private sector some of the work normally performed by the Ships' Crews including the removal of the summer buoys.
- 18 Le commissaire de la GCC, M. Michael Turner, a témoigné au procès. M. Turner a également été interrogé par les demanderessees lors de l'enquête préalable<sup>10</sup>. Au cours de son témoignage, il a expliqué les mesures prises par la GCC avant et pendant la grève pour assurer la sécurité de la circulation maritime. Selon M. Turner, la grève comportait plusieurs phases. D'abord, la période ayant conduit au déclenchement de la grève. Au cours de cette période, la GCC a fait toute sa planification en prévision de la grève et a consulté l'industrie de la navigation sur plusieurs questions, notamment l'enlèvement des aides à la navigation d'été. C'est également au cours de cette période que la GCC a envisagé la possibilité de confier à des entreprises du secteur privé des tâches normalement effectuées par les équipages des navires, dont l'enlèvement des bouées d'été.
- 19 The second period of CCG activity was the period from November 10, 1989 until the last week of November. According to Mr. Turner, the fact that the summer buoys were still in place during that period allowed marine traffic to proceed in full safety.
- 19 La seconde période d'activités de la GCC s'est étendue du 10 novembre 1989 à la dernière semaine de novembre. Selon M. Turner, le fait que les bouées d'été étaient encore en place au cours de cette période a permis à la circulation maritime de se dérouler en toute sécurité.
- 20 The third period was that between the last week of November and December 5 when the CCG was forced by events to take specific measures to facilitate the movement of traffic. It is during this period that serious problems were encountered by the CCG by reason of the extreme cold weather and as a result, marine traffic was greatly delayed. During this period, the CCG, using helicopters, carried out continuous surveillance of the aids to navigation.
- 20 La troisième période est celle qui se situe entre la dernière semaine de novembre et le 5 décembre. Au cours de cette période, la GCC a été forcée par les événements de prendre des mesures spécifiques pour faciliter la circulation maritime. C'est au cours de cette période que la GCC a rencontré de graves problèmes en raison du temps extrêmement froid et que la circulation maritime a été, en conséquence, considérablement retardée. Au cours de cette période, la GCC a effectué, à l'aide d'hélicoptères, une surveillance constante des aides à la navigation.
- 21 Mr. Turner pointed out that near the end of November the river pilots became concerned about safety as many buoys had moved off position or were simply not working. Mr. Turner further explained that near the end of November it became impossible for the CCG's radio stations and traffic systems to advise mariners with respect to which aids to navigation were working. For these reasons, the river pilots took the position that they could no
- 21 M. Turner a souligné qu'à la fin de novembre, les pilotes qui naviguaient sur le fleuve ont commencé à s'inquiéter de la sécurité, étant donné que de nombreuses bouées s'étaient déplacées ou ne fonctionnaient tout simplement pas. M. Turner a en outre expliqué qu'à la fin de novembre, il était devenu impossible pour les stations radiophoniques et les systèmes de contrôle du trafic de la GCC d'indiquer aux navigateurs les aides à la navigation qui fonc-

longer move their ships in safety. CCG officials discussed the situation with representatives of the shipping industry and a decision was taken on December 1, 1989 to close the river between Québec and Les Escoumins. Although traffic between Montréal and Québec City was not prohibited, the closure of the river below Québec City impacted on the flow of the traffic in all other parts of the river.

22 As I have already indicated, on December 2 a meeting was organized in Montréal during which the CCG explained to the shipping industry what course of action it intended to take in order to reopen that part of the river which had been closed and to ensure that marine traffic could move in safety.

23 On the morning of December 5 navigation between Québec and Les Escoumins was reopened but severe restrictions were put into place until the end of the strike. For example, underkeel clearance was increased by about one metre in order to have a better safety margin. Double pilotage and daylight navigation are other examples of the restrictions which were implemented by the CCG.

24 The plaintiffs' case is a very simple one. The plaintiffs submit that by reason of the strike of the Ships' Crews Groups, navigation in the water lanes of the St. Lawrence River became extremely difficult. The plaintiffs attribute this difficulty to the non-availability of the icebreakers and to the fact that the CCG was unable to remove the summer buoys and replace them with the winter spars prior to the cold weather setting in. The plaintiffs submit that if the ice-breaking equipment had been available and the summer aids to navigation had been removed, the delays encountered by their ships would not have occurred.

25 Since the strike by the Ships' Crews as of November 11, 1989 was a legal strike, the plaintiffs did not attempt to blame the defendant for the occurrence of the strike, nor could they. However, the plaintiffs hold the defendant responsible for

tionnaient. Pour ces raisons, les pilotes se sont dits d'avis qu'ils ne pouvaient plus naviguer en toute sécurité. Des fonctionnaires de la GCC ont discuté de la situation avec des représentants de l'industrie de la navigation et il a été décidé le 1<sup>er</sup> décembre 1989 de fermer le fleuve à la navigation entre Québec et Les Escoumins. Bien que la navigation entre Montréal et Québec n'ait pas été interdite, la fermeture du fleuve en aval de Québec a eu des répercussions sur la circulation dans tous les autres secteurs du fleuve.

Ainsi que je l'ai déjà précisé, une réunion a été organisée le 2 décembre à Montréal. Au cours de cette réunion, la GCC a expliqué à l'industrie de la navigation les mesures qu'elle avait l'intention de prendre pour rouvrir le secteur du fleuve qui avait été fermé et pour s'assurer que la circulation maritime puisse reprendre en toute sécurité. 22

Le matin du 5 décembre, la navigation entre Québec et Les Escoumins a repris, mais des restrictions sévères ont été imposées jusqu'à la fin de la grève. Par exemple, le dégagement sous quille a été augmenté d'environ un mètre pour assurer une plus grande marge de manœuvre. Le double pilotage et la navigation de jour sont d'autres exemples des restrictions qui ont été imposées par la GCC. 23

La thèse des demanderesse est fort simple. Elles soutiennent qu'en raison de la grève des groupes d'équipages de navires, la navigation dans les voies navigables du fleuve Saint-Laurent est devenue extrêmement difficile. Les demanderesse attribuent cette difficulté à la non-disponibilité des brise-glaces et au fait que la GCC n'a pas pu enlever les bouées d'été et les remplacer par des espars d'hiver avant que le froid ne s'installe. Elles soutiennent que, si de l'équipement permettant de briser les glaces avait été disponible et si les aides à la navigation d'été avaient été enlevées, les retards subis par leurs navires ne se seraient pas produits. 24

Étant donné que la grève déclenchée par les équipages de navires était une grève légale à compter du 11 novembre 1989, les demanderesse n'ont pas essayé de rejeter la responsabilité du déclenchement de la grève sur la défenderesse, et elles ne pouvaient 25

having failed to designate, pursuant to section 78 of the PSSRA, those employees required to ensure the safety or security of the public. The plaintiffs submit that the majority of the Ships' Crews Groups would have been so designated had the defendant not been negligent. Finally, the plaintiffs argue that had the defendant designated employees, the delays encountered by their ships would not have occurred and they would have been able to fulfil their contractual obligations for the 1989 season.

26 I hereby reproduce paragraphs 3 through 12 of the amended statement of claim which set out, in clear terms, the plaintiffs' case as it stood at the commencement of the trial.

3. The Defendant, inter alia, is and was, at all material times, responsible for the operation, management and conduct of the Canadian Coast Guard insofar as concerns the safety, security, general management and operation of the channels, aids to navigation, ice breakers, all Coast Guard vessels connected with said operation and all personnel connected therewith;
4. The Defendant, inter alia, is and was, at all material times, responsible, through its Treasury Board, for the proper conduct and management of its labour relations;
5. The Defendant, in such capacities and otherwise, owes and owed a duty to the plaintiffs and all users of the waterways in question to maintain same at all times in a fully safe and operational condition;
6. In virtue of the Public Service Staff Relations Act, the Defendant through the Treasury Board has the power and duty, once a bargaining unit of the Public Service Alliance of Canada has notified its intention that any of the employees within said bargaining unit intend to exercise a right to strike, to make and file with the Public Service Staff Relations Board a list designating those employees which it considers necessary for the maintenance of essential services in respect of the safety and security of the public;
7. On the 24th day of November, 1987, the bargaining agent for the employees of concern served notice to bargain on the Treasury Board with respect to five bargaining units, including the Ships Crews Group,

pas le faire. Les demanderesse tiennent toutefois la défenderesse responsable de ne pas avoir désigné, en vertu de l'article 78 de la LRTFP, les employés dont les services étaient essentiels pour assurer la sécurité du public. Elles affirment que la plupart des groupes d'équipages de navires auraient fait l'objet d'une telle désignation si la défenderesse n'avait pas été négligente. Finalement, les demanderesse font valoir que, si la défenderesse avait désigné des employés, les retards subis par leurs navires ne se seraient pas produits et elles auraient pu remplir leurs obligations contractuelles pour la saison 1989.

Je reproduis maintenant les paragraphes 3 à 12 de la déclaration modifiée, où les demanderesse exposent en termes clairs la thèse qu'elles ont présentée à l'ouverture du procès. 26

[TRADUCTION]

3. La défenderesse est et était, à l'époque en cause, notamment responsable du fonctionnement, de la direction et de la conduite de la Garde côtière canadienne pour tout ce qui concerne la sûreté, la sécurité, la direction générale et le fonctionnement des chenaux, des aides à la navigation, des brise-glaces, de tous les navires et de tous les employés de la Garde côtière affectés à ces activités.
4. La défenderesse est et était, à l'époque en cause, notamment responsable, par l'intermédiaire du Conseil du Trésor, de la bonne conduite et direction de ses relations de travail.
5. La défenderesse, en ces qualités et autrement, est tenue envers les demanderesse et tous les usagers des voies navigables en question d'en assurer en tout temps la sécurité et le bon fonctionnement.
6. Aux termes de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, la défenderesse a, par l'intermédiaire du Conseil du Trésor, le pouvoir et le devoir, une fois qu'une unité de négociation de l'Alliance de la Fonction publique du Canada l'a informée que des employés de l'unité de négociation concernée ont l'intention d'exercer le droit de grève, de dresser et de déposer auprès de la Commission des relations de travail dans la fonction publique une liste désignant les employés jugés essentiels pour assurer le maintien des services essentiels pour la sécurité du public.
7. Le 24 novembre 1987, l'agent négociateur des employés concernés a fait signifier un avis de négociations collectives au Conseil du Trésor relativement à cinq unités de négociation, dont le groupe des équipa-

thereby requiring that the Treasury Board exercise its right and duty to make and file the designated list of employees by not later than the 14th day of December, 1987;

8. The Defendant through its Treasury Board intended to designate all of the employees of the Ships Crews Group and others, which said employees would have ensured the operation of normal shipping in the St. Lawrence River during the currency of any strike which might intervene but the Treasury Board through its lack of organization, bureaucratic ineptitude, lack of foresight and good management, generally amounting to an act of negligence by omission, failed to file the said list within the designated time stipulated by the applicable statute;
  9. Had the Treasury Board designated its list of employees within the time allowed by the applicable statute, then the Public Service Staff Relations Board would have designated all of those employees within the Ships Crews Group and others as being employees providing essential services, thus removing from that particular group and others the right to engage in the contemplated strike;
  10. On November 11, 1989, the strike of the personnel involved in the aforementioned matters commenced with the result, inter alia, that the shipping channels of the St. Lawrence River and other waters referred in paragraph 1 hereof became exceedingly difficult to navigate by reason, inter alia, of the lack of ice breaking and clearing equipment normally operated by the Coast Guard, by reason of the failure of the Coast Guard to have removed, within time, the summer buoys and aids to navigation and replacing them with the standard winter buoys and aids to navigation, thereby rendering navigation in the channels treacherous, the whole of which would have risked to effectively close these waters to navigation had it not been for the extraordinary steps taken by private commerce and industry itself to use such equipment as it could obtain to keep marine traffic moving, however slowly and uncertainly;
  11. The Defendant could have, following the failure of the Treasury Board to file the designated list within time, taken alternate methods to ensure safe and appropriate navigation within the channels in question, such as letting contracts to private concerns to undertake much of the work which the Coast Guard crews would have attended to but, and through its failure to act, hesitation and the general incompetence of the administration of the Canadian Coast
- ges de navires, demandant ainsi au Conseil du Trésor d'exercer son droit et son devoir de dresser et de déposer la liste des fonctionnaires désignés au plus tard le 14 décembre 1987.
  8. Par l'intermédiaire de son Conseil du Trésor, la défenderesse avait l'intention de désigner tous les employés du groupe des équipages de navires ainsi que d'autres employés afin que ces employés assurent le déroulement normal de la navigation sur le fleuve Saint-Laurent pendant la durée de toute grève qui pourrait être déclenchée, mais en raison de son manque d'organisation, de son incompétence bureaucratique, de son imprévoyance et de sa mauvaise gestion, qui équivalent de façon générale à un acte de négligence par omission, le Conseil du Trésor n'a pas déposé la liste en question dans le délai prescrit par la loi applicable.
  9. Si le Conseil du Trésor avait dressé sa liste de fonctionnaires désignés dans le délai prévu par la loi applicable, la Commission des relations de travail dans la fonction publique aurait désigné tous les employés faisant partie des groupes d'équipages de navires et d'autres employés comme des employés chargés d'assurer les services essentiels, retirant ainsi aux employés de ce groupe déterminé et à d'autres employés le droit de déclencher la grève prévue.
  10. Le 11 novembre 1989, la grève du personnel chargé des activités susmentionnées a été déclenchée de sorte que la navigation sur les voies navigables du fleuve Saint-Laurent et des autres cours d'eau mentionnés au paragraphe 1 est devenue extrêmement difficile en raison notamment de l'absence des brise-glaces et des équipements de déblaiement normalement utilisés par la Garde côtière, du défaut de la Garde côtière d'enlever en temps opportun les bouées d'été et les aides à la navigation et de les remplacer par des bouées d'hiver et des aides à la navigation normales, rendant ainsi périlleuse la navigation dans ces voies navigables; toutes ces omissions auraient effectivement pu entraîner la fermeture de ces cours d'eau à la navigation n'eût été les mesures extraordinaires prises par des entreprises privées pour utiliser l'équipement qu'elles ont pu obtenir pour assurer le maintien de la circulation maritime, bien qu'à un rythme ralenti et dans un climat d'incertitude.
  11. La défenderesse aurait pu, à la suite du défaut du Conseil du Trésor de déposer la liste de fonctionnaires désignés dans le délai prévu, prendre d'autres mesures pour assurer la poursuite de la navigation dans les voies navigables en question dans des conditions de sécurité acceptables, notamment en confiant par contrat à des entreprises privées une grande partie du travail dont les équipages de la Garde côtière auraient pu se charger. En raison de l'inertie, des

Guard and other employees of the Defendant whose duty it is to ensure safe navigation within said waters, no alternate means to ensure the movement of traffic within the waters were undertaken;

12. The Defendant additionally and through its Coast Guard or other employees, and being well aware of the pending strike, could have taken a number of steps prior to the strike to alleviate the conditions which subsequently occurred by having the Coast Guard attend to some of its duties prior to the strike and, in particular but without restricting the generality of this allegation, causing, prior to the commencement of the strike, the removal of summer buoys and replacement by winter buoys; . . .

hésitations et de l'incompétence générale de l'administration de la Garde côtière canadienne et des autres employés de la défenderesse qui étaient chargés d'assurer la sécurité de la navigation dans les cours d'eau en question, la défenderesse n'a recouru à aucune solution de rechange pour assurer la circulation maritime dans les cours d'eau en question.

12. Qui plus est, par l'intermédiaire de sa Garde côtière ou d'autres employés, la défenderesse, qui était bien au courant de l'imminence d'une grève, aurait pu prendre plusieurs mesures avant le déclenchement de la grève pour éviter la situation qui s'est par la suite produite en obligeant la Garde côtière à s'acquitter de certaines de ses tâches avant le déclenchement de la grève, notamment en lui faisant remplacer les bouées d'été par des bouées d'hiver . . .

27 During the course of the trial and in argument, counsel for the plaintiffs made it abundantly clear that the sole act of negligence for which the plaintiffs were reproaching the defendant was that of having failed to designate pursuant to section 78 of the PSSRA. Thus, the allegations which appear in paragraphs 11 and 12 of the amended statement of claim were abandoned.

27 Au cours du procès et lors du débat, l'avocat des demanderessees a affirmé dans les termes les plus nets que le seul acte de négligence que les demanderessees reprochaient à la défenderesse était de ne pas avoir procédé à la désignation prévue à l'article 78 de la LRTPF. Les demanderessees ont donc retiré les allégations qui se trouvent aux paragraphes 11 et 12 de la déclaration modifiée.

28 With respect to the allegations concerning the failure to designate under section 78 of the PSSRA, the parties filed, at the commencement of the trial, a statement of admitted facts entitled *Admissions* which reads as follows:

28 En ce qui concerne les allégations relatives au défaut de faire la désignation prévue à l'article 78 de la LRTPF, les parties ont déposé, à l'ouverture du procès, un exposé conjoint des faits intitulé [TRADUCTION] *Aveux* dont voici le texte:

THE PARTIES TO THE PRESENT LITIGATION  
HEREBY ADMIT THE FOLLOWING:

[TRADUCTION]  
LES PARTIES AU PRÉSENT LITIGE ADMETTENT  
PAR LES PRÉSENTES CE QUI SUIT:

#### I FACTS

#### I FAITS

1. The Plaintiffs are and were, at all material times, steamship companies owning, managing, operating and/or chartering a number of vessels within the waters of the St. Lawrence River, the Gulf of that River, tributaries of that River, the St. Lawrence River Seaway system and the Great Lakes.

1. Les demanderessees sont et étaient, à l'époque en cause, des compagnies de navigation qui possèdent, gèrent, exploitent ou affrètent plusieurs navires sur les eaux du fleuve Saint-Laurent, du golfe du Saint-Laurent, des affluents du Saint-Laurent, de la voie maritime du Saint-Laurent et des Grands Lacs.

2. The vessels referred to in paragraph 1 hereof are the motor vessels RICHELIEU, FERBEC, SIMCOE, WINNIPEG, WHITEFISH BAY, BAIE ST-PAUL, BLACK BAY, LEMOYNE, L.R. DESMARAIS, TADOUSSAC, SAGUENAY, MANITOULIN, TARANTAU, ATLANTIC HURON, and NANTICOKE;

2. Les navires visés au paragraphe 1 de la présente sont le RICHELIEU, le FERBEC, le SIMCOE, le WINNIPEG, le WHITEFISH BAY, le BAIE SAINT-PAUL, le BLACK BAY, le LEMOYNE, le L.R. DESMARAIS, le TADOUSSAC, le SAGUENAY, le MANITOULIN, le TARANTAU, l'ATLANTIC HURON et le NANTICOKE.

3. In 1967, the Parliament of Canada, enacted the Public Service Staff Relations Act, R.S.C. [1985], ch. P-35 (the "PSSRA"), (then cited at S.C. 1966-67, c. 72),

4. By virtue of the PSSRA, the Treasury Board was named to represent the Defendant as the employer of the vast majority of public service employees, including those who were members of the Ships' Crews (supervisory) Group and the Ships' Crews (non-supervisory) Group (the "Ships' Crews Groups"), two groups employed with Transport Canada (the Canadian Coast Guard).

5. In order to promote collective bargaining, the PSSRA provides that members of a bargaining unit who seek to negotiate a collective agreement have the choice of two mechanisms for resolution of a dispute, namely: referral of the dispute to arbitration or referral of the dispute to a conciliation board. Where conciliation fails, the employees within the bargaining unit may engage in a lawful strike (hereinafter sometimes referred to as the "conciliation-strike process");

6. However, in order for members of a bargaining unit (who have sent notice to the Treasury Board to bargain collectively) to have recourse to a strike as the chosen dispute resolution mechanism, the PSSRA provides, in subsection 78(1), that a conciliation board may not be established until the parties have agreed, or the Public Service Staff Relations Board ("PSSRB") has determined, the employees or classes of employees in the bargaining unit ("the designated employees") whose duties consist in whole or in part of duties the performance of which at any particular time or after any specified period of time or will be necessary in the interest of the safety or security of the public;

7. Under the "conciliation-strike process" pursuant to subsection 78(2) of the PSSRA the employer, after notice to bargain collectively is given by the bargaining unit, has 20 days to furnish to the PSSRB and to the bargaining agent of the relevant bargaining unit, a statement of the employees or classes of employees who are considered by the employer to be "designated employees";

8. On November 24th, 1987, the Treasury Board received notices to bargain collectively from the PSAC with regard to the Ships' Crews Groups and other groups;

9. On December 15, 1987, after the period set forth in the PSSRA, the Treasury Board furnished to the PSSRB the statements of the employees that it considered to be "designated employees" with regard to the Ships' Crews Groups, and other groups;

10. Following the furnishing of these statements, the PSAC objected, on the basis of tardiness, to consideration by the PSSRB of proposals concerning employees to be

3. En 1967, le législateur fédéral a adopté la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35 (la LRTFP) (alors S.C. 1966-67, ch. 72).

4. Aux termes de la LRTFP, le Conseil du Trésor a été désigné pour représenter la défenderesse en tant qu'employeur de la vaste majorité des employés de la fonction publique, y compris ceux qui étaient membres du groupe des équipages de navires (cadres) et du groupe des équipages de navires (exécutants), deux groupes relevant du ministère des Transports (la Garde côtière canadienne).

5. Pour favoriser les négociations collectives, la LRTFP prévoit que les membres d'une unité de négociation qui cherchent à négocier une convention collective ont le choix entre deux mécanismes pour régler un différend, à savoir: le renvoi du différend à l'arbitrage ou le renvoi du différend à un bureau de conciliation. Lorsque les négociations échouent, les employés de l'unité de négociation peuvent déclencher une grève légale (c'est ce qu'on appelle parfois le «processus de conciliation et de grève»).

6. Toutefois, pour que les membres d'une unité de négociation (qui ont envoyé un avis de négociations collectives au Conseil du Trésor) puissent recourir à la grève comme mécanisme de règlement d'un différend, la LRTFP prévoit, à son paragraphe 78(1), qu'il ne peut être établi de bureau de conciliation tant que n'ont pas été désignés, sur accord des parties ou sur décision prise par la Commission des relations de travail dans la fonction publique (la CRTFP), les fonctionnaires ou catégories de fonctionnaires de l'unité de négociation concernée («les fonctionnaires désignés») exerçant des fonctions qui sont, à un moment particulier, ou seront, après un délai déterminé, nécessaires pour la sécurité du public.

7. Sous le régime du «processus de conciliation et de grève» prévu au paragraphe 78(2) de la LRTFP, après que l'unité de négociation lui a envoyé un avis de négociations collectives, l'employeur a 20 jours pour fournir à la CRTFP et à l'agent négociateur de l'unité de négociation concernée, une liste des fonctionnaires ou catégories de fonctionnaires que l'employeur considère comme «fonctionnaires désignés».

8. Le 24 novembre 1987, le Conseil du Trésor a reçu des avis de négociations collectives de l'AFPC au sujet des groupes des équipages de navires et d'autres groupes.

9. Le 15 décembre 1987, après l'expiration du délai prévu par la LRTFP, le Conseil du Trésor a fourni à la CRTFP la liste des fonctionnaires qu'il considérait comme «fonctionnaires désignés» en ce qui concerne les groupes des équipages de navires et d'autres groupes.

10. À la suite de la fourniture de ces listes, l'AFPC s'est opposée, pour cause de retard, à ce que la CRTFP examine les propositions relatives aux fonctionnaires devant



“designated employees” for, inter alia, the Ships’ Crews Groups;

11. Following these objections, the PSSRB held a series of hearings in order to dispose of these objections. An initial hearing was held on May 2nd, 1988 concerning the proposed designation of members of the Data Processing Group (PSSRB File 181-2-279) and on May 16th, 1988 the PSSRB rejected the objections of the PSAC;

12. Thereafter, the PSAC filed an application to the Federal Court of Appeal pursuant to section 28 of the Federal Court Act to review this decision. In Reasons for Judgments rendered in the Federal Court of Appeal dated September 27th, 1988, the Federal Court of Appeal allowed the application by the PSAC and ordered the case to be returned to the PSSRB;

13. On October 11, 1988, the PSSRB once again heard objections from the PSAC in the Data Processing Case. On October 27th, 1988, the PSSRB sustained the objection sought by the PSAC;

14. On May 26th and 31st and June 1st, 1989 the PSAC’s objections respecting the designations in the files concerning these bargaining units (PSSRB files 181-2-269, 181-2-270 and 181-2-277) were heard. On July 17th, 1989, the PSSRB sustained the objections made by the PSAC;

15. On or about July 27, 1987 the Treasury Board filed an application to review the PSSRB’S decision before the Federal Court of Appeal and on September 18, 1989, the Federal Court of Appeal upheld the decision of the PSSRB (Federal Court of Appeal file A-321-89);

16. Throughout the period mentioned above and hereinafter, the Treasury Board and the PSAC had been pursuing and continued to pursue negotiations with regard to the Ships’ Crews Groups but, despite the intervention of a conciliator of the PSSRB, they were unable to reach a collective agreement;

17. The Ships’ Crews Groups began a walk out in the Laurentian Region on November 10, 1989. On November 11, 1989, members of the Ships’ Crews Groups acquired the legal right to strike in accordance with subparagraph 102(2)b(ii) of the PSSRA, and went on strike that day;

18. From November 29th to December 2nd, 1989, a mediator named by the PSSRB attempted to reconcile the differences between the Treasury Board and the PSAC;

19. On December 6th, 1989, Bill C-49, which provided for the resumption of government services, was given first

être considérés comme «fonctionnaires désignés» notamment en ce qui concerne les groupes des équipages de navires.

11. À la suite de ces objections, la CRTFP a tenu une série d’audiences pour se prononcer sur ces objections. Une première audience a eu lieu le 2 mai 1988 au sujet de la désignation proposée des membres du groupe du traitement des données (dossier 181-2-279 de la CRTFP) et le 16 mai 1988, la CRTFP a rejeté les objections formulées par l’AFPC.

12. Par la suite, l’AFPC a saisi la Cour d’appel fédérale d’une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l’article 28 de la Loi sur la Cour fédérale. Dans les motifs de jugement qu’elle a rendus le 27 septembre 1988, la Cour d’appel fédérale a fait droit à la demande de l’AFPC et a ordonné que l’affaire soit renvoyée à la CRTFP.

13. Le 11 octobre 1988, la CRTFP a de nouveau entendu les objections soulevées par l’AFPC dans l’affaire concernant le groupe du traitement des données. Le 27 octobre 1988, la CRTFP a accordé l’objection soulevée par l’AFPC.

14. Les 26 et 31 mai et le 1<sup>er</sup> juin 1989, la CRTFP a entendu les objections formulées par l’AFPC au sujet des désignations dans les dossiers relatifs aux unités de négociation en question (dossiers 181-2-269, 181-2-270 et 181-2-277). Le 17 juillet 1989, la CRTFP a accordé les objections faites par l’AFPC.

15. Le 27 juillet 1987 ou vers cette date, le Conseil du Trésor a présenté une demande de contrôle judiciaire de la décision de la CRTFP devant la Cour d’appel fédérale qui, le 18 septembre 1989, a confirmé la décision de la CRTFP (n° du greffe A-321-89).

16. Pendant toute la période susmentionnée et par la suite, le Conseil du Trésor et l’AFPC ont poursuivi leurs négociations en ce qui concerne les groupes des équipages de navires mais, malgré l’intervention d’un conciliateur de la CRTFP, ils n’ont pas réussi à signer une convention collective.

17. Les groupes des équipages de navires ont débrayé dans la région des Laurentides le 10 novembre 1989. Le 11 novembre 1989, les membres des groupes des équipages de navires ont acquis le droit légal de grève en vertu du sous-alinéa 102(2)b(ii) de la LRTFP et ils se sont mis en grève ce jour-là.

18. Entre le 29 novembre et le 2 décembre 1989, un médiateur désigné par la CRTFP a tenté de résoudre le différend opposant le Conseil du Trésor et l’AFPC.

19. Le 6 décembre 1989, le projet de loi C-49, qui prévoyait la reprise des services gouvernementaux, a fait

reading in the House of Commons. On December 7th, 1989, Bill C-49 was given second reading in the House of Commons. On December 8th, 1989, the House of Commons passed Bill C-49. On December 9th and 10th, 1989, the Treasury Board submitted to the PSAC a global proposition aimed at settling the dispute. This proposition was rejected by the members of the Ships' Crews Group;

20. On December 15th, 1989, the Government Services Resumption Act, S.C. (1989), ch. 24 received Royal Assent. This Act terminated the strike of the members of the Ships' Crews Groups and others and ensured that government services which had been disrupted during the strike would resume;

21. In June 1989, the Canadian Coast Guard Fleet Systems Regional Managers were requested to update regional strike contingency plans. On July 6, 1989, Treasury Board requested an outline of the impact of strike activities on operational programs and on July 27, the Director General of Staff Relations, Transport Canada, replied to the Treasury Board's request and advised that the Department had established headquarters and regional strike planning committees and were attempting to prioritize services;

22. Prior to the commencement of the strike activity by the Ships' Crews Groups, the shipping public including, inter alia, the Plaintiffs, the Canadian Shipowners Association and the Shipping Federation of Canada (Plaintiffs were members of both groups) who were consulted by the Canadian Coast Guard, were aware of the dispute involving the Ships' Crews Groups and of the possibility of a strike. Notices to Shipping were issued on or about November 3rd, 5th and 7th advising mariners that, as the Canadian Coast Guard ships' crews would be in a legal strike position as of November 11th and as the Canadian Coast Guard's ability to provide services would be impacted, contingency measures would be taken and mariners should use caution and observe cautionary notes applicable to the list of marine aids;

23. The shipping public was informed and consulted on the strike situation and in particular on questions concerning:

- (a) the removal of marine aids (including buoys) and the replacement of buoys by winter spars, it being noted by the Canadian Coast Guard that the Canadian Shipowners Association and the Shipping Federation of Canada had concerns and were

l'objet d'une première lecture à la Chambre des communes. Le 7 décembre 1989, le projet de loi C-49 a fait l'objet d'une deuxième lecture à la Chambre des communes. Le 8 décembre 1989, la Chambre des communes a adopté le projet de loi C-49. Les 9 et 10 décembre 1989, le Conseil du Trésor a soumis à l'AFPC une proposition globale visant à résoudre le conflit. Cette proposition a été rejetée par les membres des groupes des équipages de navires.

20. Le 15 décembre 1989, la Loi sur la reprise des services gouvernementaux, L.C. 1989, ch. 24, a reçu la sanction royale. Cette loi a mis fin à la grève des membres des groupes des équipages de navires et d'autres groupes et a assuré la reprise des services gouvernementaux qui avaient été perturbés au cours de la grève.

21. En juin 1989, on a demandé aux directeurs régionaux du système de la flotte de la Garde côtière canadienne de mettre à jour leurs plans d'urgence régionaux en cas de grève. Le 6 juillet 1989, le Conseil du Trésor a demandé qu'on lui expose les répercussions des activités de grève sur les programmes opérationnels et le 27 juillet, le directeur général des relations du travail de Transports Canada a répondu à la demande du Conseil du Trésor en l'informant que son ministère avait constitué une administration centrale et des comités régionaux de planification en cas de grève et qu'il tentait de classer les services par ordre de priorité.

22. Avant le déclenchement de la grève des groupes des équipages de navires, les membres de l'industrie de la navigation, dont les demanderesses, l'Association des armateurs canadiens et la Fédération maritime du Canada (les demanderesses étaient membres de ces deux associations) qui avaient été consultées par la Garde côtière canadienne, étaient au courant du conflit mettant en cause les groupes des équipages de navires et des possibilités de grève. Des avis à la navigation ont été envoyés les 3, 5 et 7 novembre ou vers ces dates pour informer les navigateurs que les équipages des navires de la Garde côtière canadienne pouvaient déclencher une grève légale à compter du 11 novembre et que, comme cette grève risquait d'avoir des incidences sur la capacité de la Garde côtière canadienne de fournir ses services, des mesures d'urgence seraient prises et que les navigateurs devaient faire preuve de prudence et observer les mises en garde applicables à la liste d'aides à la navigation;

23. Les membres de l'industrie de la navigation ont été informés et consultés au sujet de la situation de grève et notamment des questions concernant:

- a) l'enlèvement des aides à la navigation (y compris les bouées) et le remplacement des bouées par des espars d'hiver, la Garde côtière canadienne ayant constaté que l'Association des armateurs canadiens et la Fédération maritime du Canada étaient inquiè-

opposed to the early removal of buoys (in anticipation of strike activity);

- (b) traffic volumes and movements;
- (c) pilotage requirements;
- (d) weather conditions and water levels; and
- (e) safe navigation.

24. Prior to and during the strike, the Defendant took steps to minimise [*sic*] the effects of the strike on the public and in the end result no property, including the Plaintiff's property, was reported to have suffered physical damage or loss of any kind whatsoever. Furthermore, commitments were obtained by the Canadian Coast Guard from the PSAC representatives to provide a Search and Rescue (SAR) capability and to respond to SAR emergencies in the Newfoundland, Maritime, Laurentian, Central and Pacific Regions and a Canadian Coast Guard Contingency Plan was prepared and distributed;

## II OTHER MATTERS

25. The parties consent to the joint filing of the decisions of the PSSRB and Federal Court of Appeal referred to herein;

26. The parties agree to be bound by the facts set forth in the decisions mentioned in paragraph 25 hereof, as if the Crown employees mentioned therein were to come before the Federal Court in this matter and testify to the same effect;

27. The parties consent to the joint filing of the discovery of Mr. Donald Love (conducted on March 28, 1994), and Mr. Love will not be called by any party as a witness;

28. The parties agree not to call at trial any servants of the Crown at the Treasury Board or other persons to testify on the issue of the late filing;

tes et qu'elles s'opposaient à l'enlèvement prématuré des bouées (en prévision du déclenchement d'une grève);

- b) le débit de la circulation et la circulation maritime;
- c) les exigences en matière de pilotage;
- d) les conditions atmosphériques et les niveaux d'eau;
- e) la sécurité de la navigation.

24. Avant et durant la grève, la défenderesse a pris des mesures pour minimiser les conséquences de la grève sur le public et, en fin de compte, on n'a signalé aucun dommage matériel ou perte de quelque nature que ce soit en ce qui concerne quelque bien que ce soit, y compris ceux de la demanderesse. Qui plus est, la Garde côtière canadienne a obtenu l'engagement des représentants de l'AFPC d'assurer les activités de recherches et de sauvetage nécessaires et de répondre aux urgences en matière de recherches et de sauvetage dans les régions de Terre-Neuve, des Maritimes, des Laurentides, du Centre et du Pacifique, et un plan d'urgence de la Garde côtière canadienne a été rédigé et distribué.

## II AUTRES QUESTIONS

25. Les parties se sont entendues pour déposer conjointement les décisions susmentionnées de la CRTFP et de la Cour d'appel fédérale.

26. Les parties conviennent d'être tenues par les faits articulés dans les décisions mentionnées au paragraphe 25, comme si les employés de la Couronne qui y sont mentionnés devaient comparaître et donner le même témoignage devant la Cour fédérale dans la présente affaire.

27. Les parties se sont entendues pour déposer conjointement l'interrogatoire préalable de M. Donald Love (qui a eu lieu le 28 mars 1994) et à ne pas faire entendre M. Love comme témoin.

28. Les parties conviennent de ne faire entendre au procès aucun des préposés de la Couronne qui travaillent au Conseil du Trésor ou toute autre personne pour témoigner au sujet de la question du dépôt tardif.

29 I should point out that paragraphs 21, 22, and 23 of the *Admissions* explain what steps were taken by the CCG in expectation of the strike of the Ships' Crews Groups. More particularly, paragraph 22 is to the effect that the CCG, through notices to shipping issued between November 3 and November 7, 1989, advised the shipping community that the Ships' Crews would be legally entitled to strike as of

Je tiens à souligner que les parties expliquent, aux paragraphes 21, 22 et 23 des *Aveux*, les mesures que la GCC a prises en prévision de la grève des groupes des équipages de navires. Plus particulièrement, il est précisé au paragraphe 22 que, par les avis qu'elle a envoyés aux navigateurs entre le 3 et le 7 novembre 1989, la GCC a avisé les navigateurs que les équipages des navires auraient légalement le

November 11. Consequently, the CCG's ability to provide the services which were normally rendered to the shipping community would be impaired.

droit de se mettre en grève le 11 novembre. La capacité de la GCC de dispenser les services qu'elle fournissait normalement aux navigateurs devait en conséquence être entravée.

30 Paragraph 23 highlights the fact that the CCG consulted the shipping industry with respect to the removal of the summer buoys prior to the commencement of the strike but that the shipping industry was opposed to their early removal. The evidence of Michael Turner was to the effect that the shipping industry asked the CCG to keep the summer buoys in place "as long as possible".

Le paragraphe 23 fait ressortir le fait que la GCC a consulté l'industrie de la navigation au sujet de l'enlèvement des bouées d'été avant le déclenchement de la grève mais que l'industrie de la navigation s'est opposée à leur enlèvement précoce. Michael Turner a témoigné que les membres de l'industrie de la navigation avaient demandé à la GCC de laisser les bouées d'été en place [TRADUCTION] «aussi longtemps que possible».

31 Paragraph 24 of the *Admissions* indicates that the defendant took such steps as were necessary to minimize the impact of the strike on the public and that, as a result, no loss of property or life occurred.

Il ressort du paragraphe 24 des *Aveux* que la défenderesse a pris les mesures nécessaires pour atténuer le plus possible les répercussions de la grève sur le public et que, grâce à ces mesures, aucune perte de biens ou de vie ne s'est produite.

### Issues

I now turn to the issues which call for determination. There are, in effect, two issues which must be decided:

1. What is the Crown's duty, if any, to the plaintiffs? Is there a common law and/or a statutory duty?

2. Was there a breach of that duty? Could a Crown servant be held personally liable for the act or omission complained of?

### Analysis

#### CROWN LIABILITY

32 At common law the Crown is not liable as an ordinary person. However, it is incorrect to say that the Crown is "above the law". The Crown, at least since the nineteenth century, has been immune from liability in tort as the "petition of right" was held not to provide a remedy for tort.<sup>11</sup> Over the years the law was reformed in many jurisdictions, spearheaded by innovative decisions rendered in Australia

### Questions en litige

Je passe maintenant aux questions qui doivent être résolues. Il y a en fait deux questions litigieuses à trancher:

1. Quelle est l'obligation de la Couronne, s'il en est, envers les demanderesse? Existe-t-il une obligation en common law ou une obligation légale ou les deux?

2. Y a-t-il eu manquement à cette obligation? Un préposé de la Couronne pourrait-il être tenu responsable du fait ou de l'omission reprochés?

### Analyse

#### RESPONSABILITÉ DE LA COURONNE

En common law, la Couronne n'est pas responsable au même titre qu'un simple particulier. Il est toutefois incorrect de dire que la Couronne est «au-dessus des lois». Depuis au moins le XIX<sup>e</sup> siècle, la Couronne jouit d'une immunité en matière de responsabilité civile délictuelle, étant donné qu'il a été jugé que la «pétition de droit» ne permettait pas d'obtenir la réparation du préjudice causé par un

and New Zealand.<sup>12</sup> In 1887 the Canadian Exchequer Court Act [*An Act to amend "The Supreme and Exchequer Courts Act," and to make better provision for the Trial of Claims against the Crown*, S.C. 1887, c. 16, s. 16(c.)] included a provision conferring jurisdiction on the Exchequer Court for claims against the Crown arising from the negligence of its servants occurring "on any public work".<sup>13</sup> In 1952 the federal *Crown Liability Act*<sup>14</sup> was passed and it imposed tortious liability on the Crown "in respect of a tort committed by a servant of the Crown . . . [and] in respect of a breach of duty attaching to the ownership, occupation, possession or control of property" [subsection 3(1)]. The same two heads of liability exist today in the *Crown Liability and Proceedings Act*<sup>15</sup> and they remain the only two heads of liability to which the federal Crown is subject.

délict<sup>11</sup>. Au fil des ans, le droit a été réformé dans de nombreux pays, dans la foulée de décisions innovatrices rendues en Australie et en Nouvelle-Zélande<sup>12</sup>. En 1887, la Loi sur la Cour de l'Échiquier canadienne [*Acte à l'effet de modifier l'Acte des cours Suprême et de l'Echiquier, et d'établir de meilleures dispositions pour l'instruction des réclamations contre la Couronne*, S.C. 1887, ch. 16, art. 16(c.)] renfermait une disposition qui permettait à la Cour de l'Échiquier de connaître des réclamations contre la Couronne qui découlaient de la négligence de ses préposés survenue «sur un ouvrage public»<sup>13</sup>. En 1952, la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*<sup>14</sup> a été adoptée. Elle disposait qu'en matière de responsabilité civile délictuelle, la Couronne était responsable «à l'égard d'un acte préjudiciable commis par un préposé de la Couronne . . . [et] à l'égard d'un manquement au devoir afférent à la propriété, l'occupation, la possession ou le contrôle de biens» [paragraphe 3(1)]. Les deux mêmes chefs de responsabilité existent toujours dans la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*<sup>15</sup> et ils demeurent les deux seuls chefs de responsabilité auxquels la Couronne fédérale est assujettie.

33 Some of the provincial Crown liability acts also include a provision which makes the provincial Crown liable for the breach of a statutory duty. However, these provisions add nothing to the liability of the Crown. If a statute imposes a duty on the Crown and provides for a private right of action for damages suffered if that duty is breached,<sup>16</sup> then the Crown is directly liable by virtue of that statute and a plaintiff need not rely on a separate Crown liability act. However, where there is no statutory duty imposed on the Crown, invoking the CLPA will not provide a remedy for an alleged failure to act under the legislation as there will be no breach of a duty. If there is a duty under the statute, by showing a breach of that duty, the plaintiff will establish a *prima facie* act of negligence.

Certaines des lois provinciales sur la responsabilité de la Couronne contiennent également une disposition qui rend la Couronne provinciale responsable du manquement à une obligation légale. Ces dispositions n'ajoutent toutefois rien à la responsabilité de la Couronne. Si une loi impose une obligation à la Couronne et prévoit un droit d'action privé pour les dommages subis s'il y a manquement à cette obligation<sup>16</sup>, la Couronne est alors directement responsable aux termes de cette loi et le demandeur n'a pas à invoquer une loi distincte sur la responsabilité de la Couronne. Toutefois, lorsqu'aucune obligation légale n'est imposée à la Couronne, l'invocation de la LRCÉCA ne permet pas d'obtenir une réparation pour la présumée omission d'agir conformément à la loi, car il n'y a pas alors de manquement à une obligation. Si la loi impose une obligation, le demandeur doit, pour démontrer jusqu'à preuve du contraire qu'un acte de négligence a été commis, établir qu'il y a eu manquement à cette obligation.

34 In a recent judgment,<sup>17</sup> my colleague Mr. Justice Wetston provided the following summary regarding these areas of the law:

Dans un jugement récent<sup>17</sup>, mon collègue le juge Wetston a donné le résumé suivant au sujet de ces domaines du droit:

33

34

The ingredients of liability for the tort of negligence are summarized by G.H.L. Fridman in *The Law of Torts in Canada*, Vol. 1 (Toronto: Carswell, 1989), at page 233. To succeed with a negligence claim, the plaintiff must establish (i) that he or she was owed a duty of care by the defendant; (ii) that the defendant should have observed a particular standard of care in order to perform or fulfil that duty; (iii) that the defendant broke his or her duty of care by failing to fulfil or observe the relevant standard of care; (iv) that this breach of duty caused damage or loss to the plaintiff; and (v) that such damage was not too remote a consequence of the breach. All of these elements must be satisfied, on a balance of probabilities, in order for the plaintiff to succeed in its action: see also, A. Linden, *Canadian Tort Law*, 5th ed. (Markham, Ont.: Butterworths, 1993).

### 1. Duty of Care

The case of *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), first set out the test for determining whether the initial element of a negligence claim, a duty of care, has been established. Lord Atkin stated, at page 580, that one must take care to avoid acts or omissions which one can reasonably foresee would be likely to injure one's neighbours. The House of Lords subsequently indicated, in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, that a court, in determining whether or not a duty of care was owed in the case before it, must first ask whether, as between the alleged tortfeasor and the plaintiff, there is a sufficient relationship of proximity such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter; if this question is answered affirmatively, the court must then determine if the extension of liability is desirable from a practical or policy point of view.

*Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021 . . ., at page 1152, established that liability for economic loss will not be imposed in tort cases if there is no connection, or proximity, between the defendant's negligent conduct and the plaintiff's loss, which would make it just for the defendant to indemnify the plaintiff. In addition to the actual relationship between the parties, proximity may consist of various forms of closeness, including physical, circumstantial, causal, or assumed. In this regard, pure economic loss is *prima facie* recoverable where, in addition to negligence and foreseeable loss, there is sufficient proximity between the negligent act and the loss. Accordingly, in order for a duty of care to exist, there must be proximity between the

Les éléments de la responsabilité du délit de négligence sont résumés par G. H. L. Fridman dans son ouvrage intitulé *The Law of Torts in Canada*, vol. 1 (Toronto: Carswell, 1989), à la page 223. Pour obtenir gain de cause dans une action pour négligence, la partie demanderesse doit établir que: i) la partie défenderesse avait à son endroit une obligation de diligence; ii) la partie défenderesse aurait dû observer une norme de diligence particulière dans le but d'exécuter cette obligation; iii) la partie défenderesse a violé son obligation de diligence en négligeant de respecter la norme de diligence pertinente; iv) cette violation a causé un dommage ou une perte à la partie demanderesse; v) le dommage en question n'était pas une conséquence trop éloignée de la violation. Il importe de satisfaire à tous ces éléments, selon la prépondérance des probabilités, pour que la partie demanderesse obtienne gain de cause dans son action: voir aussi, A. Linden, *Canadian Tort Law*, 5<sup>e</sup> éd. (Markham, Ont.: Butterworths, 1993).

### 1. Obligation de diligence

L'arrêt *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), a été le premier à exposer le critère permettant de déterminer si l'élément initial d'une action pour négligence—une obligation de diligence—a été établi. À la page 580 du recueil, lord Atkin déclare qu'il faut veiller à éviter les actes ou les omissions qui, peut-on raisonnablement prévoir, seraient de nature à causer un préjudice à ses voisins. La Chambre des lords a indiqué par la suite, dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, qu'au moment de déterminer si, dans l'affaire dont elle était saisie, il y avait une obligation de diligence ou non, une cour doit d'abord se demander si, entre l'auteur présumé du délit et la partie demanderesse, il existe un lien suffisamment étroit pour que, lorsque l'on examine de façon raisonnable le cas dudit auteur du délit, un comportement négligent de sa part soit susceptible de porter préjudice à ladite partie; si la réponse à cette question est affirmative, la cour doit ensuite déterminer s'il est souhaitable d'un point de vue pratique ou administratif d'étendre la responsabilité.

L'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, à la page 1152 du recueil, établit que la responsabilité d'une perte économique ne sera pas imposée dans les affaires de nature délictuelle s'il n'existe aucun lien, ou proximité, entre le comportement négligent du défendeur et la perte subie par le demandeur, qui fait qu'il est juste que le défendeur indemnise le demandeur. Outre le lien effectif qui unit les parties, le lien étroit peut revêtir diverses formes, qu'il s'agisse de proximité physique, circonstancielle, causale ou présumée. À cet égard, une perte purement économique peut, à première vue, donner lieu à indemnisation lorsqu'en plus d'une négligence et d'une perte prévisible, il existe un lien suffisamment étroit

plaintiff's loss and the negligent conduct of the defendant, as well as a reasonable foreseeability that the plaintiff will suffer harm as a result of the acts or omissions of the defendant.

...

Furthermore, paragraph 3(a) of the *Crown Liability and Proceedings Act* (the CLPA), R.S.C., 1985, c. C-50, as amended [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21], provides that the Crown may be vicariously liable in tort for the harmful acts and omissions of its servants. According to section 10 of the CLPA, the Crown will not be vicariously liable for its servant's conduct unless such conduct could have given rise to a cause of action in tort against the servant personally. Crown liability in tort is therefore statutory in origin; it is also vicarious, not direct. Consequently, in order to impose liability under paragraph 3(a) of the CLPA, it generally must be shown that a servant of the Crown, acting within the scope of employment, violated a duty owed to the plaintiff. The plaintiff must also establish that injury was caused by the Crown servant, in a manner sufficient to draw personal liability: P. Lordon, *Crown Law* (Toronto: Butterworths, 1991), at pages 327, 335, and 340.<sup>18</sup>

35 For the present purposes, I am satisfied that Mr. Justice Wetston's summary is an accurate statement of the law.

36 The relevant portions of the federal CLPA read as follows:

3. The Crown is liable in tort for the damages for which, if it were a private person of full age and capacity, it would be liable

(a) in respect of a tort committed by a servant of the Crown; . . .

...

10. No proceedings lie against the Crown by virtue of paragraph 3(a) in respect of any act or omission of a servant of the Crown unless the act or omission would apart from the provisions of this Act have given rise to a cause of action in tort against that servant or the servant's personal representative.

With respect to the Crown's liability arising out of the CLPA, Mr. Justice Linden of the Federal Court of Appeal summarized the Crown's liability under that act as follows:

entre l'acte négligent et la perte subie. En conséquence, pour qu'il y ait obligation de diligence, il doit exister un lien étroit entre la perte subie par le demandeur et le comportement négligent du défendeur, de même qu'une prévisibilité raisonnable que le demandeur subira un préjudice du fait des actes ou des omissions du défendeur.

...

Qui plus est, l'alinéa 3a) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* (ci-après appelée la LRCÉCA), L.R.C. (1985), ch. C-50, dans sa forme modifiée [par L.C. 1990, ch. 8, art. 21], dispose que l'État peut être tenu responsable des actes et omissions préjudiciables de ses préposés. Aux termes de l'article 10 de la LRCÉCA, l'État ne sera tenu responsable de la conduite de ses préposés que si cette dernière peut avoir donné lieu à une cause d'action délictuelle contre le préposé à titre personnel. La responsabilité délictuelle de l'État est donc d'origine légale; elle est aussi subsidiaire, et non directe. Par conséquent, pour qu'il soit possible d'imposer une responsabilité en vertu de l'alinéa 3a) de la LRCÉCA, il faut généralement prouver qu'un préposé de l'État, agissant dans le cadre de ses fonctions, a violé une obligation due à la demanderesse. Cette dernière doit aussi démontrer que ledit préposé a causé un préjudice, et ce, d'une manière suffisante pour donner lieu à une responsabilité personnelle: Lordon, *Crown Law* (Toronto: Butterworths, 1991), aux pages 327, 335 et 340<sup>18</sup>.

Je suis convaincu que le résumé du juge Wetston est un énoncé exact de l'état actuel du droit.

Voici les dispositions pertinentes de la LRCÉCA fédérale:

3. En matière de responsabilité civile délictuelle, l'État est assimilé à une personne physique, majeure et capable, pour:

a) les délits civils commis par ses préposés;

...

10. L'État ne peut être poursuivi, sur le fondement de l'alinéa 3a), pour les actes ou omissions de ses préposés que lorsqu'il y a lieu en l'occurrence, compte non tenu de la présente loi, à une action en responsabilité civile délictuelle contre leur auteur ou ses représentants.

Pour sa part, le juge Linden, de la Cour d'appel fédérale, résume comme suit la responsabilité de la Couronne découlant de la LRCÉCA:

Pursuant to the Canadian *Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, now R.S.C., 1985, c. C-50, therefore, an action in tort may now be brought in the Federal Court of Canada. Paragraph 3(a) of the Act states that the "Crown is liable in tort for the damages for which, if it were a private person of full age and capacity, it would be liable . . . in respect of a tort committed by a servant of the Crown." While there are still problems with this statute which have evoked calls for further reform, both federally and provincially, (see Ontario Law Reform Commission, *Report on the Liability of the Crown* (1989); Law Reform Commission of Canada, *The Legal Status of the Federal Administration* (1985)), they are not relevant in this case. Thus, pursuant to this legislation, if a servant of the Crown would be liable, the Crown is liable in tort for any damages caused by him.<sup>19</sup>

37 Thus, in order to succeed in this action the plaintiffs must establish either: a) a statutory breach (and the other elements of a negligence claim); b) that a tort was committed by a servant of the Crown in the course of employment for which the Crown is vicariously liable; or c) liability of the Crown as the occupier, owner, etc. of the St. Lawrence River.<sup>20</sup>

#### THE DUTY OF CARE

##### a) The Common Law Duty

38 To begin with it is necessary to determine what duty, if any, the defendant owed to the plaintiffs. This inquiry is necessary since no servant of the Crown can be personally liable if the Crown itself owes no duty to the plaintiffs.<sup>21</sup>

39 The plaintiffs' submission on this point is that the defendant owed a duty to all users of the St. Lawrence River to "maintain same at all times in a fully safe and operational condition". By "operational", counsel for the plaintiffs meant that it was the CCG's duty to maintain the St. Lawrence River in such a way that the plaintiffs' vessels could transit without undue delays.<sup>22</sup>

Aux termes de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, chap. C-38, maintenant la *Loi sur la responsabilité de l'État*, L.R.C. (1985), chap. C-50, il est maintenant possible d'introduire une action en responsabilité civile délictuelle devant la Cour fédérale du Canada. L'alinéa 3a) de la Loi dispose: «En matière de responsabilité civile délictuelle, l'État est assimilé à une personne physique, majeure et capable, pour . . . les délits civils commis par ses préposés». Bien que cette Loi comporte encore des problèmes qui ont suscité des appels à d'autres réformes, tant sur le plan provincial que sur le plan fédéral (voir Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on the Liability of the Crown* (1989); Commission de réforme du droit du Canada, *Le statut juridique de l'administration fédérale* (1985)), ces problèmes ne nous intéressent pas en l'espèce. Ainsi donc, aux termes de cette Loi, en matière de responsabilité civile, l'État doit répondre des dommages causés par ses préposés<sup>19</sup>.

Ainsi, pour obtenir gain de cause dans la présente action, les demanderesse doivent démontrer l'un ou l'autre des éléments suivants: a) qu'il y a eu manquement à une obligation imposée par la loi (ainsi que les autres éléments d'une action pour négligence); b) qu'un préposé de la Couronne a commis dans le cadre de son emploi un délit dont la Couronne doit répondre; c) la responsabilité de la Couronne en tant qu'occupant, propriétaire, etc. du fleuve Saint-Laurent<sup>20</sup>.

#### L'OBLIGATION DE DILIGENCE

##### a) L'obligation de common law

Pour commencer, il est nécessaire de déterminer la nature de l'obligation, s'il en est, à laquelle la défenderesse était tenue envers les demanderesse. Cette analyse est nécessaire, étant donné qu'aucun préposé de la Couronne ne peut être tenu responsable si la Couronne elle-même n'est assujettie à aucune obligation envers les demanderesse<sup>21</sup>.

La thèse des demanderesse sur ce point est que la défenderesse a envers tous les usagers du fleuve Saint-Laurent l'obligation [TRADUCTION] «d'assurer la sécurité constante du Saint-Laurent et de le maintenir en parfait état de fonctionnement». Par «fonctionnement», l'avocat des demanderesse voulait dire que la GCC avait l'obligation d'entretenir le fleuve Saint-Laurent de manière à ce que les navires des demanderesse puissent y transiter sans retard indu<sup>22</sup>.



40 In support of his submission, counsel for the plaintiffs referred me to the decision of *Just v. British Columbia*<sup>23</sup> where the Supreme Court of Canada had occasion to examine the duty of care owed by the Government of British Columbia to those who used public highways in that province. In that case the appellant and his daughter had been on their way to a day of skiing at Whistler Mountain. A boulder weighing over a ton rolled down the mountain and landed on the appellant's car, seriously injuring the appellant and killing his daughter. The appellant instituted legal proceedings against the Government of British Columbia alleging that the Government had failed in its duty to properly maintain the highway.

41 In *Just* the Supreme Court referred with approval to the decision of Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*,<sup>24</sup> and to the decision of the majority of the Supreme Court in *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*<sup>25</sup> After referring to these authorities, Cory J. stated that it was sound to determine *a priori* whether the defendant owed the plaintiff a duty of care where negligence had been alleged against a government agency. Cory J. answered this question in the affirmative and explained it as follows:

In the case at bar the accident occurred on a well used major highway in the province of British Columbia. All the provinces across Canada extol their attributes and attractions in the fierce competition for tourist business. The skiing facilities at Whistler are undoubtedly just such a magnificent attraction. It would be hard to imagine a more open and welcoming invitation to use those facilities than that extended by the provincial highway leading to them. In light of that invitation to use both the facilities and the highway leading to them, it would appear that apart from some specific exemption, arising from a statutory provision or established common law principle, a duty of care was owed by the province to those that use its highways. That duty of care would extend ordinarily to reasonable maintenance of those roads. The appellant as a user of the highway was certainly in sufficient proximity to the respondent to come within the purview of that duty of care. In this case it can be said that it would be eminently reasonable for the appellant as a user of the highway to expect that it would be reasonably maintained. For the Department of Highways it would be a readily foreseeable risk that harm might befall users of a highway if it were not reasonably maintained. That maintenance

À l'appui de sa thèse, l'avocat des demanderessees m'a cité l'arrêt *Just c. Colombie-Britannique*<sup>23</sup>, dans lequel la Cour suprême du Canada a eu l'occasion d'examiner l'obligation de diligence que le gouvernement de la Colombie-Britannique avait envers ceux qui utilisaient les voies publiques de cette province. Dans cette affaire, l'appelant et sa fille se rendaient faire du ski pour la journée à Whistler. Un bloc de pierre d'une tonne s'était détaché de la montagne et s'était écrasé sur la voiture de l'appelant, blessant gravement l'appelant et tuant sa fille. L'appelant avait entamé une poursuite contre le gouvernement de la Colombie-Britannique en alléguant que celui-ci avait manqué à son obligation de bien entretenir la route.

41 Dans l'arrêt *Just*, la Cour suprême a cité et approuvé la décision rendue par lord Wilberforce dans l'affaire *Anns v. Merton London Borough Council*<sup>24</sup>, ainsi que la décision de la majorité de la Cour suprême dans l'affaire *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*<sup>25</sup>. Après avoir cité ces décisions, le juge Cory a déclaré qu'il était bon de déterminer *a priori* si le défendeur était assujéti à une obligation de diligence lorsqu'un organisme gouvernemental était accusé de négligence. Le juge Cory a répondu à cette question par l'affirmative et a expliqué sa réponse dans les termes suivants:

En l'espèce, l'accident s'est produit sur une route à grande circulation dans la province de la Colombie-Britannique. Dans la vive compétition qu'elle se livrent pour attirer les touristes, les provinces canadiennes vantent chacune leurs mérites et leurs attractions. Les installations de ski de Whistler représentent, à n'en pas douter, une attraction magnifique. Il est difficile d'imaginer invitation plus claire à ces installations que la route provinciale qui y mène. Au regard de cette invitation à utiliser tant les installations que la route qui y conduit, il semblerait qu'à part certaines exemptions spécifiques découlant d'une disposition législative ou d'un principe établi de *common law*, la province avait une obligation de diligence envers les usagers de ces routes. Cette obligation de diligence s'étendrait ordinairement à l'entretien raisonnable des routes. En tant qu'usager de la route, l'appelant avait certainement avec l'intimée un lien de proximité suffisante pour être visé par l'obligation de diligence. En l'espèce, on peut affirmer qu'il serait éminemment raisonnable de la part de l'appelant à titre d'usager de la route de s'attendre à ce qu'elle soit raisonnablement entretenue. Pour le ministère de la Voirie, le risque que des usagers subissent un préjudice si la route n'est pas raisonnablement entrete-

could, on the basis of the evidence put forward by the appellant, be found to extend to the prevention of injury from falling rock.<sup>26</sup>

42 Mr. Justice Cory concluded that there was a duty of care incumbent upon the Government of British Columbia to reasonably maintain the roads used by the public in that province and that that duty extended “to the prevention of injury from falling rock”. Mr. Justice Cory could not find any exemption from that duty either arising from a statutory provision or established by the common law.

43 It is to be noted that the British Columbia *Crown Proceeding Act*<sup>27</sup> made the Crown liable as if it were an ordinary person. *Just* appears distinguishable from the case at bar because of this. However, Cory J. reaffirmed his views in *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*<sup>28</sup> even though the *Nova Scotia Proceedings against the Crown Act*<sup>29</sup> was, for all intents and purposes, identical to the CLPA.

44 I turn now to the facts of this case to determine what common law duty, if any, the Crown had. Evidence was led with respect to the role and responsibilities of the Coast Guard. As I have already stated, the transcript of the examination on discovery by the plaintiffs of Mr. Turner held on March 29, 1994 forms part of the evidence before me. The answers given by Mr. Turner to the questions posed by counsel for the plaintiffs, which appear at pages 13 through 21 of his examination on discovery, accurately reflect the role played by the CCG in regard to the marine services provided by the Department of Transport to the shipping industry and the general public.

Q. Now, you, of course, were here yesterday when Mr. Love of the Treasury Board was testifying. So, we don't have to go back into a lot of that stuff.

nue est un risque aisément prévisible. À la lumière de la preuve présentée par l'appelant, on pourrait enfin conclure que l'entretien comprend la prévention des dommages pouvant résulter des éboulements<sup>26</sup>.

42 Le juge Cory a conclu qu'en raison de l'obligation de diligence à laquelle il était assujéti, le gouvernement de la Colombie-Britannique avait l'obligation d'entretenir raisonnablement les routes empruntées par le public dans cette province et que cette obligation comprenait «la prévention des dommages pouvant résulter des éboulements». Le juge Cory n'a pu trouver aucune disposition législative ou règle de common law soustrayant le gouvernement à cette obligation.

43 Il convient de remarquer que la *Crown Proceeding Act*<sup>27</sup> de la Colombie-Britannique rendait la Couronne responsable comme si elle était une personne physique ordinaire. Il semble qu'il y ait lieu, pour cette raison, d'établir une distinction entre l'affaire *Just* et la présente espèce. Le juge Cory a toutefois réaffirmé son opinion dans l'arrêt *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*<sup>28</sup> et ce, malgré le fait que la *Proceedings against the Crown Act*<sup>29</sup> de la Nouvelle-Écosse était, à toutes fins utiles, identique à la LRCÉCA.

44 Je passe maintenant à l'examen des faits de la présente affaire pour déterminer quelle obligation, s'il en est, la common law imposait à la Couronne. Des éléments de preuve ont été présentés au sujet du rôle et des devoirs de la Garde côtière. Ainsi que je l'ai déjà précisé, la transcription de l'interrogatoire préalable que les demandereses ont fait subir à M. Turner le 29 mars 1994 fait partie des éléments de preuve qui ont été portés à ma connaissance. Les réponses qu'a données M. Turner aux questions posées par l'avocat des demandereses et qui se trouvent aux pages 13 à 21 de son interrogatoire préalable donnent une idée précise du rôle joué par la GCC en ce qui concerne les services maritimes fournis par le ministère des Transports à l'industrie de la navigation et au grand public:

[TRADUCTION]

Q. Bon. Vous étiez ici hier, évidemment, lorsque M. Love, du Conseil du Trésor, a témoigné. Il n'est donc pas nécessaire de revenir sur une grande partie de ces questions.

I'll cue some of my questions off of what we heard yesterday and if they're not clear, of course, you'll let me know.

We heard yesterday that when a collective agreement is about to expire or indeed, the collective agreement which was to expire with certain employees in the public sector on the thirty-first (31st) of December nineteen eighty-seven (1987), various procedures come into play.

One of which is for the Treasury Board to obtain from the various departments and divisions of the Canadian Government lists of people, whom those departments would consider essential for purposes of designation under Section 78 of the Public Service Staff Relations Act. So, just situate it there.

It's my understanding that the Department of Transport determined that the Ships' Crews should be so listed. And my question is: within a labour context, when we talk about ships' crews, are we talking about all of the ships' crews which you have just mentioned?

Is this every person that gets on any one of these ships and does any one of these things for Coast Guard, which you have already enumerated?

- A. By and large, that would be correct, because our normal process in these negotiations has been to seek the designation of all of our ships' crew personnel.

We don't always get one hundred per cent (100%) of what we ask for. There's a bit of give-and-take that takes place through the discussions between the employer represented by Treasury Board and the unions, of course.

But our objective has been to attempt to protect as much as possible of the services we provide through ships or by-ships, by being able to operate as much of the fleet as possible, in the event there ever was a strike situation.

To do so, we, of course, designate as many of the individuals as possible on board. Part of the rationale for that is that crews, of course, must meet the minimum crewing regulations on board ships, as you would be aware, and one cannot sail a ship with, for example, half (1/2) the legally-required crew.

Therefore, you attempt to insure you have the crew at a level which allows the ship to, not only sail legally, but to do its job properly.

Je vais formuler mes questions en tenant compte de ce que nous avons entendu hier. Si mes questions ne sont pas claires, n'hésitez pas, évidemment, à me le dire.

Nous avons entendu hier que lorsqu'une convention collective est sur le point d'expirer ou de fait, que la convention collective conclue avec certains employés de la fonction publique devait expirer le trente-et-un (31) décembre mil neuf cent quatre-vingt-sept (1987), divers mécanismes entrent en jeu.

Ainsi, le Conseil du Trésor doit obtenir des divers ministères et divisions du gouvernement du Canada une liste des personnes que les ministères considèrent essentielles pour les fins de la désignation prévue à l'article 78 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique. Donc, juste pour nous situer ici.

Si j'ai bien compris, le ministère des Transports a décidé que les équipages de navires devaient faire l'objet d'une telle désignation. Or, la question que je me pose est la suivante: dans un contexte de travail, lorsqu'on parle des équipages de navires, parle-t-on de tous les équipages de navires que l'on vient de mentionner?

Cela comprend-il chaque personne qui embarque dans ces navires et qui fait pour la Garde côtière les choses que vous avez déjà énumérées?

- R. Généralement parlant, c'est effectivement le cas, parce que normalement, dans le cadre de ces négociations, nous avons essayé d'obtenir la désignation de tout le personnel d'équipage de nos bateaux.

Nous n'obtenons pas toujours ce que nous demandons à cent pour cent. Il y a évidemment des concessions au cours des pourparlers entre l'employeur représenté par le Conseil du Trésor et les syndicats.

Mais notre objectif est d'essayer de protéger autant que possible les services que nous fournissons par l'intermédiaire des navires en essayant de faire fonctionner le plus grand nombre possible de navires de la flotte, pour le cas où il y aurait une grève.

Pour ce faire, évidemment, nous désignons le plus grand nombre possible de membres d'équipage. Cela s'explique en partie par le fait que les équipages doivent évidemment observer les dispositions réglementaires portant sur le nombre minimal de membres d'équipage qui doivent se trouver à bord des navires, comme vous le savez peut-être, et qu'on ne peut, par exemple, piloter un navire qui ne compte que la moitié de l'équipage exigé par la loi.

En conséquence, on essaie de faire en sorte qu'on a le nombre de membres d'équipage qui permet non seulement de naviguer légalement, mais de faire son travail correctement.

Q. Now, in determining whom you are going to list or wish designated in preparing that list for Treasury Board, what is your overriding notion vis-à-vis what is essential and what is not essential?

A. Well, we place priorities on the different kinds of services we provide, but it must be kept in mind that many of the services the Coast Guard does provide are, of course, by their very nature, safety services.

And therefore, the designation process, in our view, is appropriate and it should be applied to, as I said, as broad a range as possible over our ships' crew positions.

If we were to be unsuccessful in that process or if, as has happened more recently because of a change in government policy, we are not allowed to propose the designation of all of the ships' crews, we then have to set priorities.

And our priorities are essentially established on the basis of search and rescue, protection of life being first, of course; and services provided for safety of shipping in particular being second (2nd); and services provided for movement of commerce and protection of the environment coming after those.

Q. Well, in terms of—you know, when we write those intelligence tests, in the early days, they'd give you six (6) circles and one (1) square, and you had to pick out which was the different one!

The different one which stands out to me in that list you've just given, well, to your concerns in designation as commerce, because let me take—well, it may be an absurd example, but just so I can get an understanding of this.

Why not just close the River and the Gulf? Would you be in a position to do that? Then, surely, it would be safe. Are you in a position to stop all marine traffic?

A. I think it would be debatable as to whether we're in a position to stop all marine traffic, without there being a just cause or adequate cause, and the cause would have to be safety-related.

Obviously, in the absurd, so to speak, the safest river is one that has no traffic . . .

Q. Right!

A. . . . but that doesn't do much for Canadian commerce, obviously.

Q. Bon. Pour déterminer qui vous inscrivez sur cette liste ou désirez faire désigner lorsque vous dressez cette liste à l'intention du Conseil du Trésor, quel est votre critère principal en ce qui concerne ce qui est essentiel et ce qui ne l'est pas?

R. Eh bien, nous classons par priorité les différents types de services que nous fournissons, mais il ne faut pas oublier que bon nombre des services que la Garde côtière fournit sont évidemment, de par leur nature même, des services de sécurité.

En conséquence, le processus de désignation est, à notre avis, valable et devrait, comme je l'ai déjà dit, s'appliquer au plus grand nombre possible de postes occupés par les membres d'équipage de nos navires.

Si nous ne devons pas réussir ce processus ou si, comme cela s'est produit plus récemment en raison d'un changement de politique gouvernementale, il ne nous serait pas permis de proposer la désignation de tous les équipages de navires, il nous faut alors établir nos priorités.

Et nos priorités sont essentiellement fixées en fonction des recherches et du sauvetage, la protection de la vie venant bien sûr au premier rang. Et les services fournis pour la sécurité de la navigation en particulier viennent au deuxième rang; les services fournis pour les activités commerciales et la protection de l'environnement viennent ensuite.

Q. Bon, pour ce qui est de . . . vous savez, avant, lorsqu'on nous faisait passer des tests d'intelligence, on nous donnait six (6) cercles et un (1) carré et il fallait indiquer la forme qui était différente . . .

L'élément différent qui me saute aux yeux dans la liste que vous venez de donner, concerne le commerce, parce que, laissez-moi prendre . . . eh bien, il peut s'agir d'un exemple absurde, mais je le donne seulement pour mieux comprendre.

Pourquoi ne pas simplement fermer le fleuve et le golfe? Seriez-vous en mesure de le faire? Il est certain qu'il serait alors sûr. Vous est-il loisible de stopper toute circulation maritime?

R. Je crois que cela est discutable, s'il n'y a pas de raison juste ou légitime, et il faudrait que la raison se rapporte à la sécurité.

Évidemment, dans l'absurde, pour ainsi dire, le cours d'eau le plus sûr est celui sur lequel il n'y a aucune circulation . . .

Q. C'est vrai!

R. . . . mais cela n'aide pas beaucoup le commerce canadien, de toute évidence.

Our objective, in terms of supporting Canadian transportation industry and the Canadian transportation infrastructure, is to insure that to the extent consistent with a reasonable level of safety, we keep traffic moving wherever possible.

Q. So, within the notion of designate for the purposes of and I think the Act says "safety and security" are the words, it seems to me that you're telling me that there is an underlying notion that essential commerce, at least, will be maintained?

A. Obviously, if you have a situation like that, you again have to set priorities as to what commerce is essential and what isn't, but the objective here and the fundamental that is in the Act itself, is this question of safety and security of the public.

And therefore, the designation process is designed to allow us to keep certain services operating with particular reference to that safety and security of the public that is inherent in the Act.

Now, I think you have to relate that, in other words, to the marine commerce question in the sense that we want to keep commerce moving, because that's a departmental objective, of course, and a Coast Guard objective.

But we can only do so to the extent that we can also, at the same time, ensure that safety, the safety and security of the public.

...

Q. To say that—so, I won't play a role here, I'll ask a question.

To say that commerce is an underlying aim of the department, yes, we all obviously understand that, but how do you square commercial considerations with a statute which talks only of safety and security of the public?

A. Well, clearly, there's a balancing required there from time to time, but you have to, again, as I've mentioned, relate that to the fundamental objectives of the department and the Coast Guard.

We are able to use the process that's contained within the Public Service Employment Act in order to keep certain operations going in a safe manner. That's the objective of it.

As you say, you could obviously have ultimate safety by simply stopping all commerce. The objective is to continue to insure the safety of the public in whatever

Notre objectif, pour ce qui est d'appuyer l'industrie du transport canadienne et les infrastructures du transport au Canada, est de s'assurer que, dans la mesure où cela est compatible avec un degré de sécurité raisonnable, le transport est, dans la mesure du possible, maintenu.

Q. Ainsi, pour ce qui est de la désignation dans le but, pour reprendre, si je ne m'abuse les mots de la loi, d'assurer la «sécurité», il me semble que vous êtes en train de me dire qu'un des objectifs fondamentaux est d'assurer qu'à tout le moins le commerce essentiel soit maintenu.

R. De toute évidence, dans une situation comme celle-là, on doit là encore établir ses priorités quant aux activités commerciales qui sont essentielles et quant à celles qui ne le sont pas, mais l'objectif qui est visé ici et l'aspect fondamental de la Loi elle-même est la question de la sécurité du public.

En conséquence, le processus de désignation vise à nous permettre d'assurer le maintien de certains services en fonction surtout des objectifs de sécurité du public qui sont à la base de la Loi.

Or, je crois que l'on doit, pour ce qui est de la question du commerce maritime, assurer le maintien des activités commerciales, parce qu'il s'agit là d'un objectif du ministère et, évidemment, d'un objectif de la Garde côtière.

Mais nous ne pouvons y parvenir que dans la mesure où nous pouvons en même temps garantir la sûreté et la sécurité du public.

...

Q. Dire que . . . je ne jouerai pas un rôle ici, je vous pose une question.

Dire que le commerce est un des objectifs fondamentaux du Ministère, nous comprenons tous cela, évidemment, mais comment conciliez-vous les considérations commerciales avec une loi qui parle uniquement de la sécurité du public?

R. Eh bien, de toute évidence, il faut mettre les choses en balance de temps en temps, mais il faut, comme je l'ai déjà dit, établir un lien entre cet aspect et les objectifs fondamentaux du Ministère et de la Garde côtière.

Nous sommes en mesure d'utiliser la procédure prévue par la Loi sur l'emploi dans la fonction publique pour assurer la poursuite de certaines activités en toute sécurité. Voilà l'objectif qui est visé.

Comme vous le dites, on pourrait assurer la sécurité en arrêtant tout simplement toute activité commerciale. L'objectif visé consiste à continuer de toute évidence à

normal operations are happening, of course.

We are trying to protect safety. As I said, we set priorities internally within that at all times. We're trying to deliver services that are specifically related to safety of navigation.

And when we get into this kind of situation where designations are appropriate, it's with a view to maintaining of those safety services that we use the designation process.

Q. O.K., you've made it clear to me.

A. I'm sure that helps.

45 There is no doubt that the CCG's role in Canadian shipping is one that is essentially safety related. The prime objective of the CCG, as explained by Mr. Turner, is to enable maritime traffic to proceed without undue delay to the extent that such an objective is compatible with the CCG's duty to ensure the safety and the security of those who use the waterways. However, one must not confuse an objective with a duty. It goes without saying that the CCG's goal is not to ensure safety for the sake of safety. Were that the case, the CCG would simply prohibit all marine traffic on the St. Lawrence River.

46 In my opinion, the duty of care owed by the CCG is to assure the safety of the public using the St. Lawrence River by whatever reasonable steps are necessary given the circumstances. In the case at bar, those circumstances include the fact that the Ships' Crews had exercised their legal right to strike and thus were not available to perform their usual tasks.

47 No federal statute imposes any particular duty upon the CCG or the Department of Transport. However, there are certain provisions of the *Canada Shipping Act*<sup>30</sup> which shed some light on the CCG's duties. For example, section 517 thereof provides that "[a]ll lighthouses, lightships, floating and other lights, lanterns and other signals, buoys and beacons, radio aids to marine navigation, anchors and landmarks . . . are vested in Her Majesty, and are

assurer la sécurité du public dans le cadre des activités normales qui sont exercées.

Nous essayons de protéger la sécurité. Comme je l'ai déjà dit, nous établissons constamment les priorités à l'interne en tenant compte de ces facteurs. Nous essayons de fournir des services qui se rapportent précisément à la sécurité de la navigation.

Et lorsqu'il y a lieu de procéder à des désignations, c'est dans le but de maintenir ces services sécuritaires que nous avons recours à ce processus.

Q. D'accord. Vos explications sont claires.

R. Je suis sûr qu'elles ont été utiles.

Il n'y a aucun doute que le rôle que joue la GCC 45 en ce qui concerne la navigation canadienne est essentiellement axé sur la sécurité. L'objectif premier de la GCC, comme l'a expliqué M. Turner, est de permettre à la circulation maritime de s'effectuer sans retard indu dans la mesure où cet objectif est compatible avec l'obligation qu'a la GCC d'assurer la sécurité de ceux qui empruntent les voies navigables. Toutefois, on ne doit pas confondre un objectif avec une obligation. Il va sans dire que l'objectif que poursuit la GCC ne consiste pas à assurer la sécurité pour la sécurité. Si c'était le cas, la GCC se contenterait d'interdire toute circulation maritime sur le fleuve Saint-Laurent.

À mon avis, l'obligation de diligence qui est imposée à la GCC est d'assurer la sécurité du public 46 qui utilise le fleuve Saint-Laurent en prenant toutes les mesures nécessaires eu égard aux circonstances. En l'espèce, ces circonstances comprennent le fait que les équipages des navires avaient exercé leur droit légitime de grève et qu'ils n'étaient donc pas disponibles pour exécuter leur tâches habituelles.

Aucune loi fédérale n'impose d'obligation particulière à la GCC ou au ministère des Transports. Toutefois, certaines dispositions de la *Loi sur la marine marchande du Canada*<sup>30</sup> donnent quelques éclaircissements sur les fonctions de la GCC. Ainsi, l'article 517 de la Loi sur la marine marchande prévoit que «[t]ous les phares, bateaux-feux, feux flottants et autres, les fanaux et autres signaux, les bouées et les balises, les appareils de radiosignalisation maritime, 47

under the direct control and management of the Minister”.

les ancrs et les amers de terre . . . sont la propriété de Sa Majesté et sont sous la gestion et sous la régie immédiates du ministre».

48 Paragraph 519(a) of the Shipping Act provides that the Governor in Council may make regulations with respect to the maintenance of aids to navigation vested in Her Majesty. In that respect, the Governor in Council enacted the *Aids to Navigation Protection Regulations*<sup>31</sup> which includes the following definition [section 2]:

L’alinéa 519a) de la Loi sur la marine marchande dispose que le gouverneur en conseil peut prendre des règlements concernant l’entretien des aides à la navigation qui sont la propriété de Sa Majesté. À cet égard, le gouverneur en conseil a pris le *Règlement sur la protection des aides à la navigation*<sup>31</sup>, dans lequel on trouve la définition suivante [article 2]:

2. . . . “aid to navigation” means a buoy, beacon, light-house, lightship or any other structure or device installed, built or maintained for the purpose of assisting the navigation of vessels.

2. . . . «aide à la navigation» désigne une bouée, une balise, un phare, un bateau-phare ou tout autre ouvrage ou dispositif qui est installé, construit ou entretenu en vue d’aider à la conduite des navires.

49 As another example, subsection 562.1(1) [as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 6, s. 78] of the Shipping Act provides that the Governor in Council may, in order to promote “safe and efficient navigation or operation of ships or environmental protection”, enact regulations with respect to a number of matters which include the maintenance and use of appropriate charts and nautical publications on board ships, the number and qualifications of navigation and engine room personnel on board these ships, the procedures and practice to be followed by ship personnel, etc., all with a view to “protecting persons, ships”, etc.

À titre d’exemple supplémentaire, le paragraphe 562.1(1) [édicte par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.) ch. 6, art. 78] de la Loi sur la marine marchande prévoit que le gouverneur en conseil peut, afin d’assurer «la sécurité et l’efficacité de la navigation ou de l’exploitation des navires ou pour protéger l’environnement», prendre des règlements concernant un certain nombre de questions dont la présence et l’utilisation de cartes marines et autres documents nautiques appropriés à bord des navires, le nombre et la qualification professionnelle du personnel affecté au service pont et au service machines sur les navires en question, les formalités et les méthodes que doit suivre toute personne à bord, etc., le tout en vue de «protéger les personnes, les navires», etc.

50 When one examines closely the provisions of the Shipping Act and the regulations made pursuant to it, there is no doubt that the CCG’s primary responsibility is to ensure the safety and security of those using the waterways. If that can be done in a way that will enable the users to move their ships in the most efficient manner, so be it. However, that is not the role nor the duty of the CCG. Its duty is limited to ensuring the safety of those who use the waterways.

Lorsqu’on examine de près les dispositions de la Loi sur la marine marchande et son règlement d’application, il n’y a aucun doute que la responsabilité première de la GCC est d’assurer la sécurité de ceux qui empruntent les voies navigables. Si elle peut y parvenir d’une manière qui permette aux usagers de manœuvrer leurs navires de la façon la plus efficace, tant mieux. Toutefois, ce n’est pas là le rôle ou le devoir de la GCC. Son devoir se limite à assurer la sécurité de ceux qui utilisent les voies navigables.

51 For these reasons, I am unable to subscribe to counsel for the plaintiffs’ submission that the defendant owed a duty to the plaintiffs to maintain the St. Lawrence River at all times in a “fully safe

Pour ces motifs, il m’est impossible de souscrire à l’argument de l’avocat des demanderesse selon lequel la défenderesse avait envers les demanderesse l’obligation «d’assurer la sécurité constante du

and operational condition". The defendant did not owe a duty to the plaintiffs to take all reasonable means to enable them to transit the St. Lawrence River without delays.

52 The evidence is clear that the Department of Transport, through the CCG, has assumed responsibility for the aids to navigation program, vessel traffic management, radio communications, certification and inspection of Canadian ships, certification of Canadian officers, ice breaking and search and rescue operations. By reason of the CCG's assumption of these responsibilities I find that the CCG owed a duty to the plaintiffs and to the public to ensure their safety and security. However, I am not prepared to go further than that.

#### b) Statutory Duty

53 The plaintiffs' allegations concerning section 78 of the PSSRA can be found in paragraphs 6 through 9 of their statement of claim. Specifically, with respect to the defendant's duty under the legislation to designate the Ships' Crews, the plaintiffs allege in paragraph 6 of their statement of claim that:

6. In virtue of the Public Service Staff Relations Act, the Defendant through the Treasury Board has the power and duty, once a bargaining unit of the Public Service Alliance of Canada has notified its intention that any of the employees within said bargaining unit intend to exercise a right to strike, to make and file with the Public Service Staff Relations Board a list designating those employees which it considers necessary for the maintenance of essential services in respect of the safety and security of the public;

54 In making this allegation, the plaintiffs rely on section 78 of the PSSRA which provides:

78. (1) Notwithstanding section 77, no conciliation board shall be established for the investigation and conciliation of a dispute in respect of a bargaining unit until the parties have agreed on or the Board has determined pursuant to this section the employees or classes of employees in the bargaining unit, in this Act referred to as

Saint-Laurent et de le maintenir en parfait état de fonctionnement». La défenderesse n'était pas tenue envers les demandresses de prendre tous les moyens raisonnables pour permettre à celles-ci de transiter par le fleuve Saint-Laurent sans retard.

Il ressort de la preuve que, par l'intermédiaire de la GCC, le ministère des Transports a assumé la responsabilité du programme d'aides à la navigation, de la gestion de la circulation des navires, des communications radio, de la certification et de l'inspection des navires canadiens, de la certification des officiers canadiens, de la rupture des glaces et des opérations de recherches et de sauvetage. Je conclus qu'en raison de la prise en charge de ces responsabilités par la GCC, celle-ci était tenue d'assurer la sécurité des demandresses et du public. Je ne suis cependant pas prêt à aller plus loin. 52

#### b) L'obligation légale

Les allégations formulées par les demandresses au sujet de l'article 78 de la LRTFP se trouvent aux paragraphes 6 à 9 de leur déclaration. Plus précisément, en ce qui concerne l'obligation que la loi impose à la défenderesse de désigner les équipages de navires, les demandresses allèguent, au paragraphe 6 de leur déclaration: 53

[TRADUCTION]

6. Aux termes de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, la défenderesse a, par l'intermédiaire du Conseil du Trésor, le pouvoir et le devoir, une fois qu'une unité de négociation de l'Alliance de la Fonction publique du Canada l'a informée que des employés de l'unité de négociation concernée ont l'intention d'exercer le droit de grève, de dresser et de déposer auprès de la Commission des relations de travail dans la fonction publique une liste désignant les employés jugés essentiels pour assurer le maintien des services essentiels pour la sécurité du public;

Au soutien de cette affirmation, les demandresses invoquent l'article 78 de la LRTFP, qui dispose: 54

78. (1) Malgré l'article 77, il ne peut être établi de bureau de conciliation tant que n'ont pas été désignés, sur accord des parties ou sur décision prise par la Commission aux termes du présent article, les fonctionnaires ou catégories de fonctionnaires de l'unité de négociation concernée, appelés, dans la présente loi, «fonctionnaires désignés»,



“designated employees”, whose duties consist in whole or in part of duties the performance of which at any particular time or after any specified period of time is or will be necessary in the interest of the safety or security of the public.

(2) Within twenty days after notice to bargain collectively is given by either of the parties to collective bargaining, the employer shall furnish to the Board and to the bargaining agent for the relevant bargaining unit a statement in writing of the employees or classes of employees in the bargaining unit who are considered by the employer to be designated employees.

(3) If no objection to the statement referred to in subsection (2) is filed with the Board by the bargaining agent for the relevant bargaining unit within such time after the receipt thereof by the bargaining agent as the Board may prescribe, the statement shall be taken to be a statement of the employees or classes of employees in the bargaining unit who are agreed by the parties to be designated employees.

(4) Where an objection to the statement referred to in subsection (2) is filed with the Board by the bargaining agent for the relevant bargaining unit within such time after the receipt thereof by the bargaining agent as the Board may prescribe, the Board, after considering the objection and affording each of the parties an opportunity to make representations, shall determine which of the employees or classes of employees in the bargaining unit are designated employees.

exerçant, même partiellement, des fonctions qui sont, à un moment particulier, ou seront, après un délai déterminé, nécessaires pour la sécurité du public.

(2) Dans les vingt jours qui suivent l’avis de négociations collectives donné par l’une ou l’autre des parties, l’employeur fournit à la Commission et à l’agent négociateur de l’unité de négociation en cause une liste des fonctionnaires ou catégories de fonctionnaires de l’unité qu’il considère comme fonctionnaires désignés.

(3) En l’absence d’une contestation élevée auprès de la Commission par l’agent négociateur dans le délai postérieur à sa réception par celui-ci et fixé par la Commission, la liste visée au paragraphe (2) est réputée constituer la liste des fonctionnaires ou catégories de fonctionnaires de l’unité de négociation qui, par accord des parties, sont des fonctionnaires désignés.

(4) Dans le cas où l’agent négociateur fait opposition à la liste dans le délai prescrit, la Commission, après avoir examiné sa requête et avoir donné à chaque partie l’occasion de présenter ses observations, détermine quels fonctionnaires ou quelles catégories de fonctionnaires de l’unité de négociation sont des fonctionnaires désignés.

55 Because the Public Service Staff Relations Board (PSSRB) was of the view that there was a duty upon the employer to “designate” so as to ensure the safety and the security of the public, it concluded that subsection 78(2) was not mandatory and thus relieved the employer of its default.

Comme elle était d’avis que l’employeur avait 55 l’obligation de procéder à cette «désignation» pour assurer la sécurité du public, la Commission des relations de travail dans la fonction publique (CRTFP) a conclu que le paragraphe 78(2) n’était pas impératif et elle a par conséquent libéré l’employeur de son défaut.

56 The Federal Court of Appeal, on a section 28 application,<sup>32</sup> set aside the Board’s decision. Mr. Justice Hugessen stated that there could be little doubt that the word “shall” which appears in subsection 78(2) was intended to be imperative. In Mr. Justice Hugessen’s view, however, the real issue was not whether the word “shall” was imperative or directory. The issue was whether the filing of a list of designated employees was a duty upon the employer or a power which the employer could, in its discretion, exercise. This is how Mr. Justice Hugessen formulated the question:

Saisie d’une demande présentée en vertu de l’article 28<sup>32</sup>, la Cour d’appel fédérale a annulé la décision de la Commission. Le juge Hugessen a déclaré qu’il n’y avait presque aucun doute que le mot «shall» qui est employé au paragraphe 78(2) se voulait impératif. Toutefois, selon le juge Hugessen, la véritable question en litige n’était pas celle de savoir si ce mot avait un caractère impératif ou simplement indicatif. La question à trancher était celle de savoir si le dépôt de la liste des fonctionnaires désignés était une obligation qui incombait à l’employeur ou s’il s’agissait d’un pouvoir discrétionnaire que celui-ci pouvait exercer. Voici en quels termes le juge Hugessen a formulé la question: 56

The real problem, as it seems to me, is to know whether the furnishing of a list of proposed designated employees is a duty cast upon the employer or simply a power which it is free to exercise or not as it sees fit. If it is the former, the rule seems to be that the failure to perform the duty within the time or in the manner provided should not be held to deprive other interests of their rights. Put in the concrete terms of this case, if the government had a duty to designate employees, its failure to do so timely must not adversely affect the safety and security of the public.<sup>33</sup> [Footnote omitted.]

Mr. Justice Hugessen answered his question as follows:

While the government's duty to act in the public interest cannot be doubted, that interest extends well beyond matters of safety or security. It must also include, as a reading of the Act as a whole makes clear, the right of public servants to adhere to the union of their choice, to bargain collectively, and ultimately to strike. Certainly the Act casts no specific duty on the employer to designate employees in every case while its obligations to bargain in good faith and not to interfere with the employees' right of association are set out very clearly.

It seems to me to be far more reasonable to read section 79 [now section 78] as allowing the employer to submit a list within the time prescribed and implying that, in the absence of a timely submission, the parties are presumed to have agreed that there are to be no designated employees within the relevant bargaining unit. Such a reading seems to me to be more in keeping with the scheme of the Act as a whole and with the general context of labour relations law and practice in Canada today.<sup>34</sup>

57 Thus, the Court of Appeal concluded that there was no duty on the part of the employer to "designate". That is also my own view of the matter. It would not make sense to impose a legal duty on the Crown to file a list of designated employees and then to bar the Crown from performing that duty because it filed its list of designated employees outside the time provided in the PSSRA, whether by reason of negligence or otherwise. Mr. Justice Hugessen made this point crystal clear in his reasons when he stated that if the employer had a duty to designate, its failure to do so could not "adversely

Le véritable problème, il me semble, est de savoir si la fourniture d'une liste d'employés dont on propose la désignation est une obligation qui incombe à l'employeur ou s'il s'agit simplement d'un pouvoir qu'il est libre d'exercer ou non comme il le juge bon. Dans la première hypothèse, il semble que la règle soit qu'il ne faudrait pas conclure que le défaut de s'acquitter de l'obligation dans le délai ou de la façon prévu prive d'autres personnes intéressées de leurs droits. Si l'on formule le principe en fonction de la situation concrète de la présente affaire, si le gouvernement avait l'obligation de désigner des employés, son défaut de le faire en temps opportun ne doit pas porter atteinte à la sûreté et à la sécurité du public.<sup>33</sup> [Renvois omis.]

Le juge Hugessen a répondu à sa question de la façon suivante:

Bien qu'on ne puisse mettre en doute l'obligation qu'a le gouvernement d'agir dans l'intérêt du public, cet intérêt s'étend bien au-delà des questions de sûreté ou de sécurité. Il doit également inclure, comme la lecture de l'ensemble de la Loi l'indique clairement, le droit des fonctionnaires d'adhérer au syndicat de leur choix, de négocier collectivement et, finalement, de faire la grève. La Loi ne met certainement pas à la charge de l'employeur une obligation précise de désigner des employés dans chaque cas, alors qu'elle l'oblige dans les termes les plus nets à négocier de bonne foi et à ne pas porter atteinte au droit d'association des employés.

Il me semble beaucoup plus raisonnable d'interpréter l'article 79 [maintenant l'article 78] comme permettant à l'employeur de soumettre une liste dans le délai prescrit et comme sous-entendant que, s'il ne la présente pas dans les délais prévus, les parties sont présumées avoir convenu qu'il n'y aura pas d'employés désignés au sein de l'unité de négociation concernée. Cette interprétation me semble s'accorder davantage avec l'économie de l'ensemble de la Loi et avec le contexte général du droit et de la pratique actuels des relations de travail au Canada<sup>34</sup>.

Ainsi, la Cour d'appel a conclu que l'employeur 57 n'avait pas l'obligation de procéder à une «désignation». C'est également mon avis. Il serait illogique d'imposer à la Couronne l'obligation légale de produire une liste des fonctionnaires désignés et de l'empêcher ensuite de remplir cette obligation parce qu'elle a déposé sa liste des fonctionnaires désignés après l'expiration du délai prévu par la LRTFP, que ce soit en raison d'une négligence ou pour tout autre motif. Le juge Hugessen ne laisse subsister aucun doute sur le sujet lorsqu'il déclare, dans ses motifs que, si le gouvernement a l'obligation de désigner

affect the safety and security of the public”.

58 The PSSRA was enacted to govern the labour relationship between the majority of public servants in Canada and their employer, the federal Crown. Although this statute does not create a duty pursuant to which the defendant must “designate” employees, the defendant’s failure to do so does not, in the instant case, relieve the CCG of its duty to ensure the safety of the public.

59 In *Saskatchewan Wheat Pool* the Supreme Court of Canada held that it is not necessary for a statute to specifically confer a private right of action provided that the plaintiff can make out the elements of a common law action of negligence. Dickson J. (as he then was) stated that:

For all of the above reasons I would be adverse to the recognition in Canada of a nominate tort of statutory breach. Breach of statute, where it has an effect upon civil liability, should be considered in the context of the general law of negligence. Negligence and its common law duty of care have become pervasive enough to serve the purpose involved for the existence of the action for statutory breach.

It must not be forgotten that the other elements of tortious responsibility equally apply to situations involving statutory breach, *i.e.* principles of causation and damages. To be relevant at all, the statutory breach must have caused the damage of which the plaintiff complains. Should this be so, the violation of the statute should be evidence of negligence on the part of the defendant.<sup>35</sup>

60 Even prior to *Saskatchewan Wheat Pool* the breach of a statutory duty would only result in a finding of liability if a plaintiff could demonstrate that the damages suffered were of a kind that the statute intended to prevent.<sup>36</sup> In the event that I am wrong on the issue of the statutory duty, I will deal here with the PSSRA as if section 78 imposed on the Crown an actual duty to file.

des employés, son défaut de le faire en temps opportun ne peut pas «porter atteinte à la sûreté et à la sécurité du public».

La LRTFP a été édictée pour régir les relations de travail entre la majorité des fonctionnaires du Canada et leur employeur, la Couronne fédérale. Bien que cette loi n’impose pas à la défenderesse l’obligation de «désigner» des employés, le défaut de la défenderesse de procéder à cette désignation ne soustrait pas la GCC en l’espèce à son obligation d’assurer la sécurité du public.

Dans l’arrêt *Saskatchewan Wheat Pool*, la Cour suprême du Canada a statué qu’il n’est pas nécessaire qu’une loi confère expressément un droit d’action privé, à condition que le demandeur réussisse à établir l’existence des éléments donnant ouverture à une action pour négligence fondée sur la common law. Le juge Dickson (tel était alors son titre) a déclaré:

Pour tous ces motifs, je serais opposé à ce qu’on reconnaisse au Canada l’existence d’un délit civil spécial de manquement à une obligation légale. La violation d’une loi, lorsqu’elle a une incidence sur la responsabilité civile, doit être considérée dans le contexte du droit général de la responsabilité pour négligence. La notion de négligence et celle d’obligation de diligence qui s’y rattache en *common law* sont assez fortes pour servir aux fins invoquées à l’appui de l’existence de l’action fondée sur une infraction à une loi.

Il faut se rappeler que les autres éléments de la responsabilité délictuelle, *c.-à-d.* la causalité et le préjudice valent aussi pour les situations où il y a eu infraction à une loi. Pour qu’elle soit le moins pertinente, la violation d’une loi doit avoir causé un préjudice dont le demandeur se plaint. Si c’est le cas, la violation de la loi doit constituer une preuve de négligence de la part du défendeur<sup>35</sup>.

Même avant l’arrêt *Saskatchewan Wheat Pool*, le manquement à une obligation légale ne donnait lieu à une conclusion de responsabilité que si le demandeur pouvait démontrer que les dommages subis étaient du type de ceux que la loi visait à prévenir<sup>36</sup>. Pour le cas où j’aurais tort sur la question de l’obligation légale, j’examinerai ici la LRTFP comme si l’article 78 imposait à la Couronne l’obligation effective de déposer la liste en question.

58

59

60

61 Subsection 78(1) of the PSSRA provides that the employees who shall be designated are those employees whose duties “consist in whole or in part of duties the performance of which at any particular time or after any specified period of time is or will be necessary in the interest of the safety or security of the public”. In my view, by the use of the words “in the interest of the safety or security of the public” Parliament has stated in clear terms that the employer shall designate those employees whose work is required to prevent bodily harm, loss of life and loss or damage to property.

62 Counsel for the plaintiffs submitted that the word “sécurité” should not be so confined. In support of that submission, counsel referred me to the *Petit Larousse illustré* where the word “sécurité” is defined as follows:

[TRANSLATION] Confidence, peace of mind of anybody thinking there is no danger to be afraid of. Absence of risks of accidents.<sup>37</sup>

63 The word “security” is defined, in a similar way, in the *Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*:

The condition of being secure. The condition of being protected from or not exposed to danger; safety.<sup>38</sup>

64 These definitions do not, in my view, support counsel’s argument that the word “sécurité” or “security” is intended to denote Parliament’s concern with risks or dangers which go beyond loss of life and loss or damage to property. The PSSRB appears to have taken the view that the words “in the interest of the safety and security of the public” do not cover loss or damage to property. In the *Ships’ Crews designated employment case*,<sup>39</sup> the PSSRB refused to designate certain employees whom the defendant had submitted for designation under subsection 79(1) [R.S.C. 1970, c. P-35] (now subsection 78(2)) of the PSSRA. The PSSRB dealt with the issue as follows:

For reasons to be given in writing, the Board finds that, although the duties of the oilers and firemen in the Department of National Defence on the east and west coast proposed for designation by the Employer, other

61 Le paragraphe 78(1) de la LRTPF prévoit que les employés désignés sont ceux qui exercent «même partiellement, des fonctions qui sont, à un moment particulier, ou seront, après un délai déterminé, nécessaires pour la sécurité du public». À mon avis, en employant les mots «pour la sécurité du public», le législateur fédéral a énoncé dans les termes les plus nets que l’employeur doit désigner les employés dont les services sont requis pour empêcher des lésions corporelles, des pertes de vie ou des dommages matériels.

62 L’avocat des demandresses soutient qu’on ne doit pas limiter de la sorte la portée du mot «sécurité». À l’appui de cet argument, l’avocat m’a renvoyé au *Petit Larousse illustré*, dans lequel le mot «sécurité» est ainsi défini:

Confiance, tranquillité d’esprit résultant de la pensée qu’il n’y a pas de péril à redouter. Absence de risque d’accidents<sup>37</sup>.

63 Le terme anglais «security» est défini de la même façon dans le *Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*:

[TRADUCTION] État d’esprit confiant d’une personne qui est à l’abri du danger; sûreté<sup>38</sup>.

64 Ces définitions n’appuient pas, selon moi, l’argument de l’avocat suivant lequel les termes «sécurité» ou «security» sont censés traduire les préoccupations du législateur fédéral en ce qui concerne d’autres risques ou dangers que les pertes de vie et les pertes ou les dommages matériels. Il semble que la CRTFP ait adopté le point de vue selon lequel les mots «pour la sécurité du public» ne visent pas les pertes et les dommages matériels. Dans l’affaire concernant la désignation des équipages des navires<sup>39</sup>, la CRTFP a refusé de désigner certains employés dont la défenderesse avait proposé la désignation en vertu du paragraphe 79(1) [S.R.C. 1970, ch. P-35] (maintenant le paragraphe 78(2)) de la LRTPF. La CRTFP a tranché cette question de la façon suivante:

Pour des motifs qui seront donnés par écrit, la Commission estime que même si les fonctions exécutées par les graisseurs et les chauffeurs du ministère de la Défense nationale qui travaillent sur les côtes Est et Ouest et dont

than those engaged on the fire boats, are duties that may be necessary in the interest of the safety and security of public property, such duties are not of such a nature that they are necessary in the interest of the safety and security of the public within the meaning of section 79(1) of the Act. These employees are accordingly determined not to be designated employees.<sup>40</sup>

la désignation est proposée par l'employeur, autres que ceux qui travaillent sur les bateaux d'incendie, sont des fonctions dont l'exercice est nécessaire dans l'intérêt de la sûreté et de la sécurité de la propriété publique, ces fonctions ne sont pas d'un caractère tel que leur exercice serait nécessaire dans l'intérêt de la sûreté et de la sécurité du public au sens de l'article 79(1) de la Loi. Par conséquent, la Commission décide que ces employés ne sont pas des employés désignés<sup>40</sup>.

65 Consequently, had the defendant attempted to designate certain employees or classes of employees for the sole purpose of minimizing the inconvenience to the public or the economic hardship which some members of the public might suffer by reason of a strike, the PSSRB would not have accepted such a designation.<sup>41</sup>

En conséquence, si la défenderesse avait essayé de désigner certains employés ou catégories d'employés dans le seul but de minimiser les inconvénients subis par le public ou le préjudice financier que certains membres du public pouvaient subir en raison d'une grève, la CRTFP n'aurait pas accepté une telle désignation<sup>41</sup>.

66 Consequently it is my view that section 78 of the PSSRA is of no help to the plaintiffs.

J'estime donc que l'article 78 de la LRTFP n'est d'aucun secours aux demandereses. 66

#### BREACH OF THE COMMON LAW DUTY

#### MANQUEMENT À L'OBLIGATION DE COMMON LAW

67 In order to succeed, the plaintiffs must establish that one or many Crown servants committed a tort for which the servant(s) could be held personally liable. The plaintiffs must establish some sort of direct relation between, not "the Crown" and the plaintiffs, but the individual servant(s) and the plaintiffs. In general terms, the plaintiffs must have relied on the servant(s) and the servant(s) must have known of the existence of the plaintiffs.

Pour obtenir gain de cause, les demandereses doivent établir qu'un ou que plusieurs préposés de la Couronne ont commis un délit dont ils pourraient être tenus personnellement responsables. Les demandereses doivent établir une sorte de lien direct entre, non pas «la Couronne» et elles, mais entre le(s) préposé(s) et elles. De façon générale, les demandereses doivent s'être fiées au(x) préposé(s) et le(s) préposé(s) doi(ven)t avoir été au courant de l'existence des demandereses. 67

68 In *Cleveland-Cliffs Steamship Company, The, and The Cleveland-Cliffs Iron Company v. The Queen*,<sup>42</sup> Mr. Justice Rand of the Supreme Court of Canada clearly explained that a prerequisite to Crown liability under the CLA was the personal liability of a Crown servant. He explained this in the following terms:

Dans l'arrêt *Cleveland-Cliffs Steamship Company, The, and the Cleveland-Cliffs Iron Company v. The Queen*<sup>42</sup>, le juge Rand de la Cour suprême du Canada a clairement expliqué que la Couronne ne pouvait être tenue responsable sous le régime de la LRC que si l'un de ses préposés était personnellement responsable. Voici en quels termes il a expliqué ce principe: 68

Assuming that the centre red buoy was outside the easterly channel line, there is nothing to show when or how it reached that position. Nor have there been shown any circumstances that could possibly lead to a cause of action against any servant of the Crown. The administration of navigation aids depends on the action by Parliament in voting money. But apart from that, the conditions

[TRADUCTION] Si l'on suppose que la bouée rouge centrale se trouvait à l'extérieur de la ligne est du chenal, rien ne nous indique quand ni comment elle s'est retrouvée à cet endroit. On n'a d'ailleurs établi aucun fait qui pourrait donner ouverture à un recours contre un préposé de la Couronne. L'administration des aides à la navigation dépend des crédits votés par le Parlement. Mais indépen-

under which a Crown servant can be held personally liable to a third person for failure to act in the course of a duty to the Crown require that there be intended to be created, as a deduction from the facts, a direct relation between the servant and the third person. The primary duty of the Crown servants is to the Crown; and the circumstances in which the servant can, at the same time, come under a duty to a third person are extremely rare. The rule laid down in *Grossman v. The King* is, as I interpret it, this: that the servant from the nature of his specific duty, a duty immediately related to action of the third person, is chargeable with knowledge that the latter, in his own conduct, is justifiably relying on the performance by the servant of that duty, and that the servant is chargeable with accepting the obligation toward the third person. In other words, between them a *de facto* relation of reliance and responsibility is contemplated. There are no such circumstances here. The government administration, as disclosed by the evidence, is of a general character, unrelated directly and immediately to any particular navigational work in these waters and with no acceptance by any of the public servants concerned of obligation toward the third person, nor any immediate reliance on the performance of individual duty related to the latter's use of a public work. Buoys are not warranted fixtures for navigation. Nothing has been shown of neglect in their original placement or of failure to discover their change of position. The "sweeping" and other work suggested to be done in the channel assumes a duty on the Crown, not on a servant. The placement and maintenance in position of these buoys is work under direction of a general character. As a public accommodation, their maintenance is, in relation to the individual servant, attended to only in the aspect of the duty to the employer. So far as the evidence shows, the direction and responsibility do not go beyond the departmental offices. The situation is not, then, one in which a personal liability is engaged by a Crown servant; and there being no basis for the claim against a servant, a prerequisite to a claim under s. 18(c) of the *Exchequer Court Act* against the Crown, the action on this ground must fail. It is not contended that a claim lies based on a duty owing by the Crown, and admittedly there is no such duty.<sup>43</sup> [Footnote omitted.]

damment de cela, pour qu'un préposé de la Couronne puisse être tenu personnellement responsable envers un tiers d'un manquement à ses devoirs envers la Couronne, les faits doivent permettre de conclure à l'intention de créer une relation directe entre le préposé et le tiers. Le premier devoir des préposés de la Couronne est envers celle-ci; et les circonstances dans lesquelles le préposé peut, en même temps, être tenu d'une obligation envers un tiers sont extrêmement rares. La règle posée dans l'arrêt *Grossman c. Le Roi* est, suivant mon interprétation, la suivante: le préposé, de par la nature de son obligation spécifique, c.-à-d. une obligation reliée directement à l'action du tiers, est censé savoir que ce dernier règle sa conduite en présumant l'exécution de cette obligation par le préposé, lequel est réputé avoir accepté l'obligation envers le tiers. En d'autres mots, entre eux, une relation *de facto* de responsabilité de l'un envers l'autre et de l'un se fiant à l'autre est envisagée. Ce n'est pas le cas en l'espèce. L'administration gouvernementale, comme le montre la preuve administrée, a un caractère général, sans lien direct et immédiat avec quelque ouvrage particulier de navigation dans ces eaux et sans acceptation par un fonctionnaire visé d'une obligation envers le tiers ni croyance en l'exécution d'une obligation individuelle reliée à l'usage par ce dernier de l'ouvrage public. Les bouées ne sont pas des aides à la navigation infaillibles. On n'a démontré aucune négligence lors de leur mise en place initiale ni prouvé qu'on a omis de constater leur déplacement. Le «dragage» et les autres travaux qu'on a suggéré de faire dans le chenal présupposent une obligation de la Couronne, non une obligation imposée au préposé. La mise en place de ces bouées et leur maintien au bon endroit relèvent d'une directive de caractère général. En tant qu'aide fournie au public, leur entretien ne constitue, pour ce qui est du préposé individuel, qu'un aspect seulement d'une obligation envers l'employeur. La preuve démontre uniquement que les ordres à donner et la responsabilité ne dépassent pas le niveau des bureaux du Ministère. Il ne s'agit donc pas d'un cas où la responsabilité personnelle d'un préposé de la Couronne est engagée; et comme il n'y a aucun fondement permettant de poursuivre un préposé, une condition nécessaire pour agir contre la Couronne selon l'art. 18c) de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, l'action, sur ce moyen, doit être rejetée. On ne prétend pas qu'il existe un droit de recours fondé sur une obligation de la Couronne, et il est admis qu'il n'existe pas d'obligation de ce genre<sup>43</sup>. [Renvois omis.]

69 The case of *Warwick Shipping Ltd. v. R.*<sup>44</sup> offers an interesting example of Mr. Justice Rand's explanation. In *Warwick* the plaintiff's ship was damaged when, after sheering to port, the ship hit a submerged rock. The sheering resulted from the fact that the ship was piloted too close to a shoal and the water displaced by the ship banked off the shoal and

L'affaire *Warwick Shipping Ltd. c. R.*<sup>44</sup> offre un exemple intéressant de l'explication du juge Rand. Dans l'affaire *Warwick*, le navire de la demanderesse avait subi des avaries lorsque, après avoir fait une embardée sur bâbord, il avait heurté un écueil submergé. L'embardée résultait du fait que le navire avait croisé de trop près un haut-fond et que l'eau

knocked the ship off course. The plaintiff alleged, *inter alia*, that a tort had been committed by servants of the Crown in that the navigation charts produced by the Crown and the notices to mariners which were issued to supplement the charts were incomplete and, as a result, misleading. Addy J. stated the test to be applied in an action under paragraph 3(1)(a) [*Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38] as follows:

... it must be determined whether any servant of the Crown acted negligently in the performance of his duties as a servant of the Crown and in addition whether at law the servant could have been held liable to the plaintiff for that negligence. Should one of these two conditions not be fulfilled, then, the Crown will not be held liable.<sup>45</sup>

70 Mr. Justice Addy explained that had the Crown been an ordinary person, he would have held it responsible for the plaintiff's damages resulting from misrepresentations made in issuing incomplete notices to mariners. However, since the Crown was not an ordinary person, the plaintiff had to demonstrate that servants of the Crown had failed in the performance of their duty to the plaintiff. On the evidence, Mr. Justice Addy concluded that the servants of the Crown against whom allegations had been made did not owe any duty to the plaintiffs. Consequently, according to the terms of the CLA, the Crown could not be found vicariously liable.

71 In so holding, Addy J. stated:

On the basis of the above findings of fact and of my view of the law, I would, if the Crown were an ordinary defendant, find it responsible at law for any damage resulting from the misrepresentations made in issuing the incomplete notices to mariners which, having regard to the other information on chart 4426 might reasonably be expected to mislead any person wishing to follow a course into harbour on or immediately to the south of the range line.

...

I cannot, in the circumstances of this case, find that, as contemplated by the law, there exists any "direct relation-

déplacée par le navire avait recouvert le haut-fond et avait fait dévier le navire du cap fixé. La demanderesse soutenait notamment qu'un délit avait été commis par des préposés de la Couronne, étant donné que les cartes marines produites par la Couronne et les avis aux navigateurs qui avaient été publiés pour compléter les cartes étaient incomplets et, partant, trompeurs. Le juge Addy a énoncé dans les termes suivants le critère à appliquer dans une action fondée sur l'alinéa 3(1)(a) [*Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, ch. C-38]:

... il faut décider si un préposé quelconque de la Couronne a agi négligemment dans l'exercice de ses fonctions en tant que préposé de la Couronne et, en outre, si, en droit, le préposé aurait pu être tenu responsable envers la demanderesse de cette négligence. Que l'une de ces conditions ne soit pas remplie et la Couronne ne saurait être tenue responsable<sup>45</sup>.

Le juge Addy a expliqué que, si la Couronne avait 70 été un simple particulier, il l'aurait tenue responsable des dommages subis par la demanderesse par suite de l'indication fautive donnée en raison de la publication d'avis aux navigateurs incomplets. Toutefois, comme la Couronne n'est pas un simple particulier, la demanderesse devait démontrer que les préposés de la Couronne avaient manqué à leur devoir envers la demanderesse. Le juge Addy a conclu que, vu l'ensemble de la preuve, les préposés de la Couronne contre qui les allégations avaient été faites n'avaient aucune obligation envers la demanderesse. En conséquence, conformément aux dispositions de la LRC, la Couronne n'a pas été jugée responsable du fait de ses préposés.

Pour en venir à cette conclusion, le juge Addy a 71 déclaré:

Compte tenu des constatations de fait précitées et de ma conception du droit, je considérerais la Couronne, si elle était un défendeur ordinaire, comme responsable en droit de tout dommage résultant de l'indication fautive donnée par la publication d'avis aux navigateurs incomplets, lesquels, compte tenu des autres renseignements fournis par la carte 4426, étaient, comme on pouvait s'y attendre, susceptibles de tromper tous ceux désirent suivre une route vers le port sur l'alignement ou immédiatement au sud.

...

Je ne puis, en l'espèce, juger, comme l'exigerait la loi, qu'il y ait un «lien immédiat» entre la demanderesse et le

ship” between the plaintiff and the servant or servants of the Crown who neglected to perform his or their duty.

...

Their duties were all exclusively owed to the Crown *ex contractu* and did not, even indirectly require them to have anything to do with those members of the public who ultimately would benefit or suffer from the consequences of their joint efforts. The only servant or servants who might possibly be found to be subject to any such relationship would be those who actually issued or ordered the issuing of the notices to the public. The plaintiff has failed to establish that any such servants were actually persons who personally possessed or would be expected to possess personally the special knowledge required to render them liable at law in their personal capacity for communicating the innocent misrepresentations in issue. . . .

I would, for the above-mentioned reasons, dismiss the case on the basis that, in the present circumstances, no duty to take care was owed to the plaintiff by any servant of the Crown because no “direct relationship” or sufficient relationship existed between them to create that duty.<sup>46</sup>

72 In the present case, I am urged to hold that a finding of negligence against public servants employed by the Treasury Board, is *res judicata* because the PSSRB found that the Treasury Board employees had been negligent in not filing the list of designated employees within the prescribed time. At page 65 (QL) of its July 17, 1989 decision, the PSSRB formulated its finding as follows:

In our view, all the above simply establishes that for want of better terms, it is the employer’s own inefficiency, negligence and lack of foresight which caused the late filing of the designation statements for the employees employed by the Department of National Defence. Accordingly, the Board determines that this is not a proper case and “good cause” has not been shown to relieve the employer from the consequences of its default.<sup>47</sup>

73 In order to properly understand the PSSRB’s finding, it must be remembered that the Ships’ Crews Groups were comprised of employees from a number of departments namely, Environment, Transport, Fisheries and Oceans, Public Works, and National Defence. The evidence adduced by the employer before the PSSRB was that all of the departments, except for the Department of National

ou les préposés de la Couronne qui a ou ont négligé d’exécuter ses ou leurs fonctions.

...

Leurs obligations étaient exclusivement envers la Couronne *ex contractu* et ne les obligeaient nullement, même indirectement, à avoir des relations avec les membres du public qui, en dernier ressort, bénéficieraient ou souffriraient des conséquences de leurs efforts communs. Le seul ou les seuls préposés qui pourraient s’être trouvés dans ce cas sont ceux qui ont effectivement publié ou ordonné la publication des avis. La demanderesse n’a pas réussi à démontrer que ces préposés étaient effectivement des individus qui possédaient, ou dont on pouvait attendre qu’ils possèdent les connaissances spécialisées nécessaires les rendant responsables en droit de leur capacité personnelle d’avoir communiqué de bonne foi l’indication fautive en cause . . .

Par ces motifs précités, je rejeterais l’action, motif pris qu’en l’espèce aucune obligation de prendre garde n’était due à la demanderesse par un préposé quelconque de la Couronne, aucun «lien direct» ni suffisant n’existait entre eux pour créer cette obligation<sup>46</sup>.

En l’espèce, on m’exhorte à juger que la conclusion de négligence qui a été tirée au sujet des fonctionnaires du Conseil du Trésor à l’autorité de la chose jugée parce que la CRTFP a conclu que des fonctionnaires du Conseil du Trésor ont fait preuve de négligence en ne déposant pas la liste des fonctionnaires désignés dans le délai prescrit. Aux pages 72 et 73 (QC) de sa décision du 17 juillet 1989, la CRTFP a formulé sa conclusion comme suit:

À notre avis, cela montre tout simplement que les listes des fonctionnaires désignés du ministère de la Défense nationale ont été déposées en retard à cause de ce que nous pourrions appeler l’incurie, la négligence et l’imprévoyance de l’employeur. Par conséquent, la Commission conclut que la présente affaire ne présente pas les circonstances particulières appropriées et que l’employeur n’a pas montré l’existence d’une «raison valable» pour le libérer des conséquences de son manquement<sup>47</sup>.

Pour bien comprendre la conclusion de la CRTFP, 73 il faut se rappeler que les groupes des équipages de navires comprenaient des employés provenant de plusieurs ministères, en l’occurrence ceux de l’Environnement, des Transports, des Pêches et des Océans, des Travaux publics et de la Défense nationale. Suivant la preuve présentée par l’employeur devant la CRTFP, tous les ministères, à l’exception



Defence, had provided to the Treasury Board, in a timely manner, their lists of designated employees. The Treasury Board witnesses explained before the PSSRB that they had not made the designation prescribed by subsection 78(2) of the PSSRA by December 14, 1987 because the relevant information required from National Defence had not been received. Be that as it may, the PSSRB did not consider that the reasons given by the employer for the late filing justified the granting of an extension of time.

74 Plaintiffs' counsel submitted that I was bound to find that the public servants employed at the Treasury Board had been negligent in respect of the filing of the lists of designated employees because the PSSRB had so found and because the Federal Court of Appeal had upheld the finding of negligence in its decision of September 18, 1989. Specifically, counsel referred me to the reasons for judgment of Chief Justice Iacobucci (as he then was) where he stated:

I see no reason to disturb the holding of the PSSRB in this respect especially in the light of its finding, which I again see no reason to differ with, that with respect to the Department of National Defence, it was the "employer's own inefficiency, negligence, and lack of foresight which caused the late filing of the designation statements . . .".<sup>48</sup>

75 Counsel's submission on this point is one that I cannot accept. The PSSRB's finding of negligence, which the Court of Appeal refused to interfere with on a section 28 application, is one that was made in the context of whether the employer should be granted an extension of time to designate certain employees. The PSSRB was not concerned with making findings of negligence which might give rise to liability on the part of the federal Crown. Consequently, the Court of Appeal's decision cannot support counsel's submission. If a finding of negligence is to be made, I will have to make it based on the evidence before me. In that respect, the parties have stipulated that the facts which are related in the decision made by the PSSRB are facts which, by

du ministère de la Défense nationale, avaient fourni en temps opportun au Conseil du Trésor leur liste de fonctionnaires désignés. Les témoins du Conseil du Trésor ont expliqué devant la CRTFP qu'ils n'avaient pas encore procédé à la désignation prévue au paragraphe 78(2) de la LRTFP le 14 décembre 1987 parce qu'ils n'avaient pas encore reçu les renseignements pertinents que le ministère de la Défense nationale devait leur communiquer. Quoi qu'il en soit, la CRTFP n'a pas estimé que les motifs invoqués par l'employeur pour expliquer le dépôt tardif justifiaient l'octroi d'une prorogation de délai.

L'avocat des demandresses affirme que je suis tenu de conclure que les fonctionnaires employés par la Conseil du Trésor ont fait preuve de négligence en ce qui concerne le dépôt des listes des fonctionnaires désignés, étant donné que c'est ce que la CRTFP a conclu et parce que la Cour d'appel fédérale a confirmé la conclusion de négligence dans sa décision du 18 septembre 1989. Plus précisément, l'avocat m'a renvoyé aux motifs suivants du juge en chef Iacobucci (maintenant juge à la Cour suprême du Canada):

Je ne vois aucun motif de modifier la décision de la CRTFP à cet égard, particulièrement étant donné sa conclusion, avec laquelle je ne vois toujours aucune raison d'être en désaccord, que les listes des fonctionnaires désignés du ministère de la Défense nationale «ont été déposées en retard à cause de ce que nous pourrions appeler l'incurie, la négligence et l'imprévision de l'employeur»<sup>48</sup>.

75 Je ne puis accepter l'argument de l'avocat sur ce point. La conclusion de négligence tirée par la CRTFP, conclusion que la Cour d'appel, saisie d'une demande fondée sur l'article 28, a refusé de modifier, a été tirée dans le contexte de la question de savoir si l'employeur devait obtenir une prorogation du délai qui lui était imparti pour désigner certains employés. La CRTFP n'était pas appelée à tirer des conclusions de négligence pouvant engager la responsabilité de la Couronne fédérale. En conséquence, la décision de la Cour d'appel fédérale ne saurait appuyer l'argument de l'avocat. Si une conclusion de négligence doit être tirée, il faudra que je la tire sur le fondement des éléments de preuve qui sont portés à ma connaissance. À cet égard, les parties

admission, are in evidence before me.

76 I turn now to an examination of the facts of this case to determine whether the omission by the Treasury Board employees to file the lists designating the Ships' Crews constitutes "negligence" as this term applies to the law of tort.

77 Mr. Donald Love, special advisor to the Staff Relations Division of the Treasury Board Secretariat, who at the relevant time was the Director of Policy Adjudication and Representation of the Staff Relations Division of the Human Resource Policy Branch of the Treasury Board, explained that the Treasury Board is a committee of cabinet, composed of a number of ministers of the Crown. The mandate of the Treasury Board is, *inter alia*, to determine the terms and conditions of employment of public servants in Canada.<sup>49</sup>

78 Mr. Love testified that the Treasury Board Secretariat<sup>50</sup> was well aware that December 14, 1987 was the last day to file the relevant lists of designated employees. Mr. Love explained that because the Treasury Board had not received the information it required from the Department of National Defence, it decided not to file the lists relating to the other departments on time because the Treasury Board's policy was not to file "on a staggered or piece-meal basis". Mr. Love's explanation appears at page 68 of the transcript of his examination on discovery<sup>51</sup> and is as follows:

Our consideration had always been that we file the designation submission for all of the employing departments that have proposed designations at the same time.

We hadn't ever taken the approach that we would make our submission on a staggered or piece-meal basis, that we would make one submission for the bargaining unit.

79 Mr. Love also explained that prior to December 15, 1987 the Treasury Board had filed lists of designated employees beyond the time prescribed by

ont convenu que les faits qui sont relatés dans la décision rendue par la CRTFP sont des faits qui sont en preuve devant moi.

Je passe maintenant à l'examen des faits de la présente affaire pour déterminer si l'omission des employés du Conseil du Trésor de déposer les listes désignant les équipages de navires constitue une «négligence» au sens où ce terme est employé en droit de la responsabilité civile délictuelle. 76

M. Donald Love, conseiller spécial à la Division des relations avec le personnel du Secrétariat du Conseil du Trésor, qui était à l'époque en cause directeur de la Division de la politique, de l'arbitrage et de la coordination à la Direction des relations de travail, Direction générale des politiques en matière de ressources humaines au Conseil du Trésor, a expliqué que le Conseil du Trésor est un comité du cabinet qui est constitué d'un certain nombre de ministres de la Couronne. Le Conseil du Trésor a notamment pour mandat de déterminer les conditions de travail des fonctionnaires du Canada<sup>49</sup>. 77

M. Love a témoigné que le Secrétariat du Conseil du Trésor<sup>50</sup> était bien au courant du fait que le 14 décembre 1987 était le dernier jour pour déposer les listes de fonctionnaires désignés. Il a expliqué que, comme il n'avait pas reçu les renseignements qu'il avait demandés au ministère de la Défense nationale, le Conseil du Trésor avait décidé de ne pas déposer à temps les listes des autres ministères, étant donné que celui-ci avait pour politique de ne pas procéder au dépôt «par étapes ou à la pièce». L'explication de M. Love figure à la page 68 de la transcription de son interrogatoire préalable<sup>51</sup>. En voici le texte: 78

[TRADUCTION] Nous avons toujours été d'avis de déposer au même moment les listes de désignations proposées de tous les ministères employeurs.

Nous n'avons jamais voulu déposer les listes par étapes ou à la pièce ou faire une seule suggestion à l'intention de l'unité de négociation.

M. Love a également expliqué qu'avant le 15 décembre 1987, le Conseil du Trésor avait déposé des listes des fonctionnaires désignés après l'expiration 79

subsection 78(2) of the PSSRA, and that the PSSRB had always relieved it of default. Thus, those responsible for the filing of the designated lists at the Treasury Board were not concerned with the late filing of the lists, including those which covered the Ships' Crews.

du délai prescrit par le paragraphe 78(2) de la LRTPF et que la CRTPF l'avait toujours déchargé de son défaut. Ainsi, les personnes chargées du dépôt des listes de fonctionnaires désignés au Conseil du Trésor ne se préoccupaient pas du dépôt tardif de ces listes, y compris celles qui concernaient les équipages des navires.

80 It would be wise to remind ourselves of what Lord Atkin said in *Donoghue v. Stevenson*:<sup>52</sup>

Il est sage de rappeler les propos tenus par lord 80 Atkin dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson* <sup>52</sup>:

The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour; and the lawyer's question, Who is my neighbour? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be—persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.<sup>53</sup>

[TRADUCTION] En droit, l'équivalent du précepte «Tu aimeras ton prochain» est: «Tu ne causera pas de préjudice à ton prochain». Et à la question de l'avocat: «Qui est mon prochain?», on doit donner une réponse restrictive. Il faut exercer une prudence raisonnable pour éviter les actions ou les omissions qui, selon ce qu'on peut raisonnablement prévoir, sont susceptibles de causer un dommage à son prochain. À la question de savoir qui donc, en droit, est mon prochain, il semble que la réponse soit celle-ci: toute personne que mon acte touche si directement que je devrais raisonnablement envisager que l'action ou l'omission considérée est susceptible de la toucher ainsi.<sup>53</sup>

81 In these circumstances, can it be said that Mr. Love and the other public servants working at the Treasury Board were negligent, in the sense that that negligence would give rise to a cause of action against them and their employer? In my view, the answer is no. The public servants in question did not owe a duty to the plaintiffs. As Esher M.R. stated in *Le Lievre v. Gould*: "A man is entitled to be as negligent as he pleases towards the whole world if he owes no duty to them."<sup>54</sup>

Dans ces conditions, peut-on dire que M. Love et 81 les autres fonctionnaires qui travaillent au Conseil du Trésor ont fait preuve de négligence, en ce sens que cette négligence donnerait ouverture à un recours contre eux et contre leur employeur? À mon avis, la réponse est non. Les fonctionnaires en question n'avaient aucune obligation envers les demandereses. Ainsi que le maître des rôles Esher l'a déclaré dans la décision *Le Lievre v. Gould*: [TRADUCTION] «Il n'y a pas de limite à la négligence dont une personne peut faire preuve à l'égard de ceux envers qui elle n'a pas de devoir de prudence»<sup>54</sup>.

82 The public servants working at the Treasury Board could not, in my view, have had the plaintiffs in their contemplation when deciding whether the lists should be filed on December 14 or subsequently. It goes without saying that the designation process under the PSSRA is not a process created to deal with the CCG and its Ships' Crews. Rather, the process is designed to cover the majority of public servants employed by the federal Crown. It will be recalled that the *Government's Services Resumption Act*<sup>55</sup> not only ordered the return to work of the Ships' Crews but also the Hospital Services Groups. Would, for example, the Treasury

Selon moi, il n'est pas possible que les fonctionnaires travaillant au Conseil du Trésor aient pensé 82 aux demandereses lorsqu'ils ont décidé si les listes devaient être déposées le 14 décembre ou par la suite. Il va sans dire que le processus de désignation prévu par la LRTPF n'a pas été créé en fonction de la GCC et de ses équipages de navires. Ce processus est plutôt conçu pour s'appliquer à la majorité des fonctionnaires employés par la Couronne fédérale. On se souviendra que la *Loi sur la reprise des services gouvernementaux*<sup>55</sup> ordonnait le retour au travail non seulement des équipages des navires, mais aussi des groupes des services hospitaliers. Ainsi, les

Board employees and hence, their employer the federal Crown, be liable for claims relating to loss of life which might have resulted by reason of the failure to designate by December 14, 1987? The death of a patient, for example, would not be the consequence of the failure to designate but rather the consequence of a failure to provide adequate medical attention. Public servants could be found liable if it was determined that they had not taken all reasonable steps to protect the public given the circumstances of the case, i.e. that the hospital employees were on strike.

83 The plaintiffs' allegations in the present instance are to the effect that the defendant breached its common law duty by reason of its failure to maintain the St. Lawrence River in a safe and operational condition. However, the plaintiffs have not, in fact, made any reproach of the Department of Transport or the CCG, nor have they adduced any evidence, to demonstrate that there was a breach of that duty. The only allegation and the only evidence adduced before this Court was in respect of the failure to designate under section 78 of the PSSRA. In other words, the plaintiffs' case is that the defendant breached its duty to maintain the waterways in a safe and operational condition when it failed to make the proper designation. Even if I had been prepared to agree with the plaintiffs with respect to the extent of the duty owed by the defendant, I nonetheless would have concluded that the defendant was not in breach of the duty owed to the plaintiffs.

84 As I have already made clear, the defendant did not breach a statutory duty when it filed its lists of designated employees on December 15, 1987. Further, I have explained why I am of the view that the public servants employed by the Treasury Board of Canada did not owe a duty to the plaintiffs in the circumstances of this case.

85 The plaintiffs further argued that I should not make any distinction between public servants

employés du Conseil du Trésor et, partant, leur employeur, la Couronne fédérale, seraient-ils responsables des réclamations portant sur les pertes de vie qui auraient pu découler du défaut de procéder à la désignation au plus tard le 14 décembre 1987? La mort d'un patient, par exemple, ne serait pas le résultat du défaut de procéder à la désignation, mais plutôt la conséquence du défaut de prodiguer des soins médicaux suffisants. Des fonctionnaires pourraient être jugés responsables s'il était déterminé qu'ils n'ont pas pris toutes les mesures raisonnables pour protéger le public eu égard aux circonstances de l'espèce, par exemple le fait que le personnel des services hospitaliers était en grève.

En l'espèce, les demanderesse soutiennent que la défenderesse a manqué à son obligation de common law en raison de son défaut d'assurer la sécurité du fleuve Saint-Laurent et de garder celui-ci en bon état de fonctionnement. Toutefois, les demanderesse n'adressent en fait aucun reproche au ministère des Transports ou à la GCC et elles n'ont présenté aucun élément de preuve pour démontrer qu'il y a eu manquement à cette obligation. La seule allégation et les seuls éléments de preuve qu'elles ont présentés devant notre Cour concernaient le défaut de procéder à la désignation prévue à l'article 78 de la LRTFP. En d'autres termes, la thèse des demanderesse est que la défenderesse a manqué à son obligation d'assurer la sécurité des voies navigables et de les garder en bon état de fonctionnement en ne procédant pas à la désignation voulue. Même si j'avais été disposé à abonder dans le sens des demanderesse en ce qui concerne la portée de l'obligation qui incombait à la défenderesse, j'aurais néanmoins conclu que celle-ci n'a pas manqué à l'obligation à laquelle elle était tenue envers les demanderesse.

Ainsi que je l'ai déjà bien précisé, la défenderesse n'a manqué à aucune obligation légale lorsqu'elle a produit ses listes de fonctionnaires désignés le 15 décembre 1987. De surcroît, j'ai expliqué les raisons pour lesquelles je suis d'avis que les fonctionnaires du Conseil du Trésor du Canada n'avaient aucune obligation envers les demanderesse eu égard aux circonstances de la présente affaire.

Les demanderesse soutiennent en outre que je ne devrais pas établir de distinction entre les fonction-

employed by the Department of Transport and those employed by the Treasury Board on the ground that they were all, in effect, employees of the Crown. Although it is true that all public servants are employed by the Crown, it is relevant to consider the nature of the work performed, or which ought to have been performed, by those employees who allegedly committed a tort. Different consequences may result depending upon the nature of the work and the position occupied by the employee.

86 In *Just*,<sup>56</sup> the Supreme Court found that public servants employed by the Department of Highways of the Province of British Columbia had been negligent in the performance of their work and, as a result, their employer was found to be liable. However, Mr. Justice Cory opined that certain acts or decisions made by the Crown were not subject to tort liability at all. His explanation for that proposition is as follows:

The functions of government and government agencies have multiplied enormously in this century. Often government agencies were and continue to be the best suited entities and indeed the only organizations which could protect the public in the diverse and difficult situations arising in so many fields. They may encompass such matters as the manufacture and distribution of food and drug products, energy production, environmental protection, transportation and tourism, fire prevention and building developments. The increasing complexities of life involve agencies of government in almost every aspect of daily living. Over the passage of time the increased government activities gave rise to incidents that would have led to tortious liability if they had occurred between private citizens. The early governmental immunity from tortious liability became intolerable. This led to the enactment of legislation which in general imposed liability on the Crown for its acts as though it were a person. However, the Crown is not a person and must be free to govern and make true policy decisions without becoming subject to tort liability as a result of those decisions. On the other hand, complete Crown immunity should not be restored by having every government decision designated as one of "policy". Thus the dilemma giving rise to the continuing judicial struggle to differentiate between "policy" and "operation". Particularly difficult decisions will arise in situations where governmental inspections may be expected.<sup>57</sup>

naires employés par le ministère des Transports et ceux qui travaillent au Conseil du Trésor au motif qu'ils étaient tous en réalité des employés de la Couronne. Bien qu'il soit vrai que tous les fonctionnaires sont des employés de la Couronne, il y a lieu d'examiner la nature du travail qu'ont exécuté ou qu'auraient dû exécuter les employés qui sont accusés d'avoir commis un délit. Les conséquences peuvent être différentes selon la nature du travail et le poste occupé par l'employé.

86 Dans l'arrêt *Just*<sup>56</sup>, la Cour suprême a conclu que des fonctionnaires travaillant pour le ministère de la Voirie de la province de la Colombie-Britannique avaient fait preuve de négligence dans l'exécution de leur travail et, en conséquence, leur employeur a été tenu responsable. Le juge Cory s'est toutefois dit d'avis que certains des actes ou des décisions de la Couronne n'engageaient nullement sa responsabilité civile délictuelle. Voici en quels termes il a expliqué cette proposition:

Les fonctions du gouvernement et des organismes qui en dépendent se sont multipliées de façon phénoménale depuis le début du siècle. Les organismes gouvernementaux ont souvent représenté, et représentent encore aujourd'hui, le meilleur moyen, à vrai dire le seul moyen, de protéger le public dans les multiples situations difficiles auxquelles il est confronté. Il peut s'agir de la distribution ou de la fabrication de produits alimentaires ou pharmaceutiques, de production d'énergie, de protection de l'environnement, de transport et de tourisme, de prévention des incendies ou de construction. En raison de la complexité croissante de la vie, les organismes gouvernementaux interviennent dans presque tous les aspects du quotidien. Cette présence gouvernementale accrue a donné naissance à des incidents qui auraient entraîné une responsabilité civile délictuelle s'ils étaient survenus entre particuliers. L'immunité gouvernementale initiale en matière de responsabilité délictuelle était devenue intolérable. C'est pourquoi des lois ont été adoptées pour imposer de façon générale à la Couronne la responsabilité de ses actes comme si elle était une personne. Cependant, la Couronne n'est pas une personne et elle doit pouvoir être libre de gouverner et de prendre de véritables décisions en matière de politique sans encourir pour autant une responsabilité civile délictuelle. On ne saurait par contre restaurer l'immunité complète de la Couronne en qualifiant de «politique» chacune de ses décisions. D'où le dilemme qui a donné lieu à l'incessante bataille judiciaire autour de la différence entre «décision de politique» et «décision opérationnelle». La distinction sera particulièrement difficile à faire dans les cas où on peut s'attendre à des inspections gouvernementales<sup>57</sup>.

87 And further on he adds the following:

It may be convenient at this stage to summarize what I consider to be the principles applicable and the manner of proceeding in cases of this kind. As a general rule, the traditional tort law duty of care will apply to a government agency in the same way that it will apply to an individual. In determining whether a duty of care exists the first question to be resolved is whether the parties are in a relationship of sufficient proximity to warrant the imposition of such a duty. In the case of a government agency, exemption from this imposition of duty may occur as a result of an explicit statutory exemption. Alternatively, the exemption may arise as a result of the nature of the decision made by the government agency. That is, a government agency will be exempt from the imposition of a duty of care in situations which arise from its pure policy decisions.

In determining what constitutes such a policy decision, it should be borne in mind that such decisions are generally made by persons of a high level of authority in the agency, but may also properly be made by persons of a lower level of authority. The characterization of such a decision rests on the nature of the decision and not on the identity of the actors. As a general rule, decisions concerning budgetary allotments for departments or government agencies will be classified as policy decisions. Further, it must be recalled that a policy decision is open to challenge on the basis that it is not made in the *bona fide* exercise of discretion. If after due consideration it is found that a duty of care is owed by the government agency and no exemption by way of statute or policy decision-making is found to exist, a traditional torts analysis ensues and the issue of standard of care required of the government agency must next be considered.

The manner and quality of an inspection system is clearly part of the operational aspect of a governmental activity and falls to be assessed in the consideration of the standard of care issue. At this stage, the requisite standard of care to be applied to the particular operation must be assessed in light of all the surrounding circumstances including, for example, budgetary restraints and the availability of qualified personnel and equipment.<sup>58</sup>

88 The issue before the Supreme Court in *Just* was whether the decisions taken by the B.C. Department of Highways regarding rock inspections were policy or operational decisions. On the facts before him, Mr. Justice Cory had no difficulty concluding that the decisions in question were operational and thus were subject to the law of tort.

Et, plus loin, il ajoute ce qui suit:

Il peut être opportun ici de résumer les principes et le raisonnement applicables, à mon avis, dans les cas de ce genre. En règle générale, l'obligation traditionnelle de diligence issue du droit de la responsabilité délictuelle s'appliquera à un organisme gouvernemental de la même façon qu'à un particulier. Pour déterminer si une telle obligation existe, il faut d'abord se demander s'il y a entre les parties une proximité suffisante pour en justifier l'imposition. Un organisme gouvernemental peut être exempté de cette obligation par une disposition législative expresse. Par ailleurs, l'exemption peut découler de la nature de la décision prise. Ainsi, un organisme gouvernemental sera exempté de l'imposition d'une obligation de diligence dans les situations qui résultent de ses décisions de pure politique.

Pour déterminer si une décision est une décision de politique, il ne faut pas oublier que de telles décisions sont généralement prises par des personnes occupant un poste élevé au sein de l'organisme mais qu'elles peuvent aussi émaner d'un échelon inférieur. La qualification de la décision dépend de sa nature et non de l'identité des acteurs. De façon générale, les décisions concernant l'allocation de ressources budgétaires à des ministères ou organismes gouvernementaux seront rangées dans la catégorie des décisions de politique. En outre, il ne faut pas oublier qu'une décision de politique peut être contestée sur le motif qu'elle n'a pas été prise dans l'exercice réel d'un pouvoir discrétionnaire. Si, après mûre considération, on conclut que l'organisme gouvernemental a une obligation de diligence et qu'il n'en est pas exempté par la loi ou la nature politique de sa décision, il faut procéder alors à l'analyse traditionnelle de la responsabilité délictuelle, et c'est la question de la norme de diligence requise de l'organisme gouvernemental qui doit alors être examinée.

La méthode et la qualité d'un système d'inspection font manifestement partie de l'aspect opérationnel d'une activité gouvernementale et doivent donc être évaluées dans le cadre de l'examen de la norme de diligence. À ce stade, la norme à respecter dans l'opération en cause doit être déterminée en fonction de toutes les circonstances, y compris par exemple les restrictions budgétaires et la possibilité de trouver le personnel qualifié et l'équipement nécessaire.<sup>58</sup>

88 La question qui était soumise à la Cour suprême dans l'affaire *Just* était celle de savoir si les décisions prises par le ministère de la Voirie de la Colombie-Britannique en matière d'inspection des talus rocheux étaient des décisions de politique ou des décisions opérationnelles. Vu l'ensemble des faits portés à sa connaissance, le juge Cory n'a eu

89 In *Swinamer*,<sup>59</sup> Mr. Justice Cory reiterated the position taken in *Just*. However, in *Swinamer*, contrary to his ultimate conclusion in *Just*, Cory J. was of the view that the decision taken by the Department of Transportation to inspect and identify dead trees was one taken as a preliminary step in the policy-making process. Cory J. further stated that, on the facts of the case, he could not find any negligence on the part of the Department of Transportation with respect to the survey carried out to determine what trees, if any, should be removed.

90 A review of the facts in *Just* and *Swinamer* makes it obvious that the public servants, whose acts or omissions were being questioned by the plaintiffs, were public servants engaged in what Mr. Justice Linden of the Federal Court of Appeal in *Swanson* referred to as “servicing”.

... we are concerned here with differentiating between macro-decisions affecting the welfare of the nation, and micro-decisions which are more limited in their significance.

Another way of looking at this is to say that a government must be entitled to govern free of the restraints of tort law, but that when it is merely supplying services to citizens it should be subject to ordinary negligence principles ... such an immunity, therefore, is necessary, but it must be limited only to those functions of government that are considered to be “governing” and not available to those tasks of government that might be styled “servicing”.<sup>60</sup>

91 The distinction made by Mr. Justice Linden is one between “servicing” and “governing”. Thus, if the acts or omissions of public servants fall into the category of “servicing” then they are subject to the law of negligence. However, if the acts and omissions fall in the category of “governing” they are beyond the reach of the law of tort. Linden J.

aucune difficulté à conclure que les décisions en question étaient des décisions opérationnelles et qu’elles étaient donc assujetties à la responsabilité délictuelle.

89 Dans l’arrêt *Swinamer*<sup>59</sup>, le juge Cory a réitéré la position qu’il avait prise dans l’arrêt *Just*. Cependant, dans l’arrêt *Swinamer*, contrairement à la conclusion finale à laquelle il en était arrivé dans l’arrêt *Just*, le juge Cory s’est dit d’avis que la décision prise par le ministère des Transports d’inspecter et d’inventorier les arbres morts avait été prise à titre d’étape préliminaire dans le processus d’élaboration d’une politique. Le juge Cory a en outre déclaré que, vu les faits de cette affaire, il ne pouvait conclure que le ministère des Transports s’était rendu coupable de négligence en ce qui concerne l’inspection qui avait été effectuée pour déterminer quels arbres il y aurait lieu d’enlever.

90 Il ressort de façon évidente de l’examen des faits des affaires *Just* et *Swinamer* que les fonctionnaires dont les parties demandesses mettaient en question les actes ou les omissions étaient des fonctionnaires qui exécutaient ce que le juge Linden de la Cour d’appel fédérale a appelé, dans l’arrêt *Swanson*, des «tâches de service»:

... nous sommes concernés ici par la différence qu’il y a lieu de faire entre les macrodécisions qui ont une incidence sur le bien-être de la nation, et les microdécisions qui ont une portée plus limitée.

Une autre façon d’envisager la question consiste à dire que l’État doit avoir le droit de gouverner sans les contraintes du droit de la responsabilité délictuelle, mais que lorsqu’il se contente de fournir des services aux citoyens, il devrait être assujéti aux principes ordinaires de la négligence ... Cette immunité est donc nécessaire, mais elle doit être limitée aux fonctions de l’État qui sont considérées comme des fonctions de «gouvernement» et non aux tâches qu’on pourrait qualifier de «tâches de service»<sup>60</sup>.

91 La distinction que le juge Linden fait est une distinction entre les «tâches de service» et les «fonctions de gouvernement». Ainsi, si les actes ou les omissions des fonctionnaires tombent dans la catégorie des «tâches de service», ils sont assujétiés aux règles de droit relatives à la négligence. Toutefois, si les actes et les omissions entrent dans la catégorie

further explained the distinction as follows:

There are, however, in addition to Crown liability hurdles, principles of tort law that complicate the situation. Courts are reluctant to second-guess decisions that are made in the political sphere because of their respect for the separation of powers theory and because they recognize that theirs is an “awkward vantage point from which to assess public policy decisions with multilateral implications.” (See Feldthusen, *Economic Negligence* (2d ed. 1989) at page 284.) They have, therefore, created an immunity for certain types of governmental activities which cannot be attacked by means of a negligence action as long as they are done in good faith. Other acts of government are amenable to negligence actions, however. That there should be a sphere of government conduct that should be beyond the reach of tort law is not disputed; what is disputed, however, is the scope of that immunity. This Court must determine whether the impugned conduct of the officials of Transport Canada was subject to negligence law or whether it was outside its ambit.

...

A similar approach has been urged by Bailey and Bowman in the United Kingdom, who are critical of the excessive judicial use of the duty of care issue, which they contend is a “cruder device”, instead of “leaving the matter to the issue of breach”, a more subtle one. There is “plenty of scope”, they say, “within ordinary tort principles for accommodating the policy considerations that might militate against the imposition of a duty of care upon a public authority or against holding an authority to be in breach of duty.” (“Negligence in the Realms of Public Law—A Positive Obligation to Rescue?”, [1984] *Public Law* 277, at pages 301 and 307.) In a further article, the same authors argue that the “policy/operational dichotomy has proved inadequate for the purpose of identifying the allegedly non-justiciable [*sic*] cases at a preliminary stage, and unhelpful in dealing with them on the merits. It merely raises an extra dimension of confusion . . .” They conclude by saying that, if it is to be used, “it should be confined to as narrow a scope as possible.” (“The Policy/Operational Dichotomy—A Cuckoo in the Nest”, [1986] *C.L.J.* 430, at pages 455-456.)

...

des «fonctions de gouvernement», ils échappent au droit de la responsabilité civile délictuelle. Le juge Linden a expliqué plus en détail la distinction comme suit:

Outre les obstacles qui existent en ce qui concerne la responsabilité de l'État, certains principes du droit de la responsabilité civile délictuelle compliquent la situation. Les tribunaux sont peu disposés à substituer leur décision à celles qui sont prises dans le domaine politique à cause de leur respect de la théorie de la séparation des pouvoirs et parce qu'ils reconnaissent qu'ils occupent [TRADUCTION] «une position qui est trop délicate pour pouvoir juger les décisions d'ordre public comportant des implications multiples» (voir Feldthusen, *Economic Negligence* (2<sup>e</sup> éd. 1989), à la page 284). Ils ont donc créé une immunité pour certains types d'activités gouvernementales qui ne peuvent être contestées au moyen d'une action fondée sur la négligence en autant qu'elles sont accomplies de bonne foi. D'autres actes de l'Administration donnent toutefois ouverture à une action fondée sur la négligence. Il n'est pas contesté qu'il doit exister un domaine de l'activité de l'Administration qui doit échapper au droit de la responsabilité civile délictuelle; ce qui est contesté, toutefois, c'est la portée de cette immunité. Notre Cour doit déterminer si la conduite que l'on reproche aux fonctionnaires de Transports Canada était assujettie au droit de la négligence ou si elle y échappait.

...

Une approche semblable est préconisée au Royaume-Uni par Bailey et Bowman, qui reprochent aux tribunaux de recourir à l'excès à la question de l'obligation de diligence—qui est à leur avis une [TRADUCTION] «formule plus grossière»—au lieu de [TRADUCTION] «trancher la question en se demandant s'il y a eu manquement», ce qui constitue une approche plus subtile. Ils estiment que [TRADUCTION] «les principes ordinaires de la responsabilité délictuelle sont suffisamment larges pour qu'on puisse tenir compte des considérations de principe qui pourraient militer contre l'imposition d'une obligation de diligence à l'organisme public ou contre l'imputation à une autorité d'un manquement à cette obligation» («Negligence in the Realms of Public Law—A Positive Obligation to Rescue?», [1984] *Public Law* 277, aux pages 301 et 307). Dans un autre article, les mêmes auteurs font valoir que [TRADUCTION] «la dichotomie qu'on fait entre les décisions de politique et les décisions opérationnelles s'est avérée impuissante à permettre de déceler à l'étape préliminaire les cas dont le tribunaux ne peuvent connaître, et inutile lors de leur examen au fond. Elle n'apporte qu'un peu plus de confusion. . .». Ils concluent en disant que, si on doit l'employer [TRADUCTION] «on devrait en limiter autant que possible la portée» («The Policy/Operational Dichotomy—A Cuckoo in the Nest», [1986] *C.L.J.* 430, aux pages 455 et 456).

...



Professor Hogg, in his book *Liability of the Crown* (2nd ed., 1989) at page 124, prefers the word “planning”, rather than policy, to identify those acts which need to be protected for it connotes “generality or complexity”, which courts may have difficulty evaluating. The word “operational”, he suggests, focuses on the “specific”. In other words, we are concerned here with differentiating between macro-decisions affecting the welfare of the nation, and micro-decisions which are more limited in their significance.

Another way of looking at this is to say that a government must be entitled to govern free of the restraints of tort law, but that when it is merely supplying services to citizens it should be subject to ordinary negligence principles. In the words of Mr. Justice Cory, “the Crown . . . must be free to govern.” (See *Just*, supra, at page 1239.) “It is not a tort for a government to govern” (see Jackson J., dissenting in *Dalehite v. United States*, supra, at page 57). Such an immunity, therefore, is necessary, but it must be limited only to those functions of government that are considered to be “governing” and not available to those tasks of government that might be styled “servicing”.<sup>61</sup>

Dans son ouvrage *Liability of the Crown*, 2<sup>e</sup> éd., 1989, le professeur Hogg emploie, à la page 124, le mot «planning» de préférence au mot «politique» pour désigner les actes qui ont besoin de protection, car ce terme dénote [TRADUCTION] «la généralité ou la complexité», notions que les tribunaux peuvent avoir de la difficulté à évaluer. Le mot «opérationnel», souligne-t-il, est axé sur ce qui est [TRADUCTION] «spécifique». En d’autres termes, nous sommes concernés ici par la différence qu’il y a lieu de faire entre les macrodécisions qui ont une incidence sur le bien-être de la nation, et les microdécisions qui ont une portée plus limitée.

Une autre façon d’envisager la question consiste à dire que l’État doit avoir le droit de gouverner sans les contraintes du droit de la responsabilité délictuelle, mais que lorsqu’il se contente de fournir des services aux citoyens, il devrait être assujéti aux principes ordinaires de la négligence. Pour reprendre les termes employés par le juge Cory: «la Couronne . . . doit pouvoir être libre de gouverner» (voir l’arrêt *Just*, précité, à la page 1239). «Le fait pour l’État de gouverner ne constitue pas un délit» (voir le juge Jackson, dissident, dans l’arrêt *Dalehite v. United States*, précité, à la page 57). Cette immunité est donc nécessaire, mais elle doit être limitée aux fonctions de l’État qui sont considérées comme des fonctions de «gouvernement» et non aux tâches qu’on pourrait qualifier de «tâches de service»<sup>61</sup>.

92 The “servicing” versus “governing” distinction serves the same purpose as the “operational” versus “policy” distinction viz., to distinguish between acts of government which are subject to the law of negligence and those which are not. However, I find that the nomenclature used by Mr. Justice Linden more precisely exemplifies the distinction which the Court must make and so I adopt it in my discussion of this case.

La distinction que l’on fait entre les «fonctions de gouvernement» et les «tâches de service» vise le même but que celle que l’on fait entre les décisions «opérationnelles» et les «décisions de politique». Elle sert en effet à établir une distinction entre les actes de l’Administration qui sont assujétiés aux règles de droit relatives à la négligence et ceux qui y échappent. J’estime toutefois que la nomenclature employée par le juge Linden illustre de façon plus précise la distinction que le tribunal doit faire, et je l’adopte dans mon analyse de la présente affaire. 92

93 In *Swanson*, the acts and omissions at issue were those of public servants employed by Transport Canada. Specifically, these employees were inspectors of airlines, aircrafts and pilots whose job was not to make policy but to implement policies and regulations made at a higher level. There was no doubt that these employees, if sued personally, would have been held liable for their negligence since they clearly owed a duty of care to the plaintiffs.

Dans l’affaire *Swanson*, les actes et omissions en litige étaient ceux de fonctionnaires de Transports Canada. Plus précisément, les employés en question étaient des inspecteurs de la sécurité aérienne et des pilotes dont le travail consistait non pas à élaborer des politiques, mais à appliquer les politiques et les règlements adoptés à un niveau plus élevé. Il n’y avait pas de doute que, s’ils avaient été poursuivis personnellement, ces employés auraient été tenus responsables de leur négligence, étant donné qu’ils avaient incontestablement une obligation de diligence envers les demandeurs. 93

94 In *Swanson*, a Piper Chieftain aircraft owned by Wapiti Aviation Ltd. had crashed near High Prairie, Alberta, killing six passengers. Wapiti had breached air navigation orders enacted pursuant to the *Aeronautics Act*<sup>62</sup> on a number of occasions and complaints had been made to Transport Canada in that regard. As a result of the complaints, an inspector of Transport Canada issued a report outlining the various breaches. Months after the first report, another report was issued by a different inspector employed by Transport Canada and this report warned that unless the airline changed its ways “we are virtually certain to be faced with a fatality”.

95 Mr. Justice Linden concluded that, in the circumstances of the case, Transport Canada had breached the duty of care it owed to the passengers of the aircraft. Mr. Justice Linden stated that:

Transport Canada’s failure to take any meaningful steps to correct the explosive situation which it knew existed at Wapiti amounted to a breach of the duty of care it owed the passengers. Transport Canada officials negligently performed the job they were hired to do; they did not achieve the reasonable standard of safety inspection and enforcement which the law requires of professional persons similarly situated. It was not reasonable to accept empty promises to improve where no improvement was forthcoming. It is incomprehensible that a professional inspector of reasonable competence and skill would choose not to intervene in a situation which one of this own senior staff predicted was virtually certain to produce a fatal accident. The Trial Judge summarized Transport Canada’s attitude to Wapiti as follows [at pages 143 and 147 F.T.R.]:

In most instances where infractions of the regulations were called to Wapiti’s attention, or threats of suspension were made, Dale Wells was able to persuade the Department that notice had been taken of the complaints and that the airline would do better in the future. Evidently this was believed.

...

In the present case it is true that action was contemplated against Wapiti and a few steps had been taken

94 Dans l’affaire *Swanson*, un avion léger d’observation Piper Chieftain appartenant à la Wapiti Aviation Ltd. s’était écrasé près de High Prairie, en Alberta, tuant six passagers. La Wapiti avait violé à plusieurs reprises les ordonnances sur la navigation aérienne pris en application de la *Loi sur l’aéronautique*<sup>62</sup> et des plaintes avaient été déposées devant Transports Canada à cet égard. Par suite des plaintes, un inspecteur de Transports Canada avait publié un rapport dans lequel il signalait les nombreuses violations. Quelques mois après la publication du premier rapport, un autre rapport avait été rédigé par un autre inspecteur qui travaillait pour Transports Canada. L’auteur de ce rapport avertissait les intéressés que si la compagnie aérienne ne changeait pas sa façon d’agir [TRADUCTION] «il est pratiquement certain que nous ferons face à un accident mortel».

95 Le juge Linden a conclu que, compte tenu des circonstances de cette affaire, Transports Canada avait manqué à l’obligation de diligence à laquelle il était tenu envers les passagers de l’avion. Le juge Linden a déclaré:

L’omission de Transports Canada de prendre des mesures concrètes pour corriger la situation explosive qu’il savait exister chez Wapiti équivalait à un manquement à l’obligation de diligence à laquelle il était tenu envers les passagers. Les fonctionnaires de Transports Canada ont accompli de façon négligente le travail pour lequel ils avaient été embauchés; ils n’ont pas respecté la norme raisonnable d’inspection de sécurité et d’application des règlements que la loi exige des professionnels qui se trouvent dans une situation semblable. Il n’était pas raisonnable d’accepter des promesses vides d’amélioration alors qu’il n’y avait pas d’amélioration. Il est incompréhensible qu’un inspecteur professionnel d’une compétence raisonnable choisisse de ne pas intervenir dans une situation qui, selon les prédictions de l’un de ses propres cadres supérieurs, produirait de façon pratiquement certaine un accident mortel. Voici en quels termes le juge de première instance a résumé l’attitude de Transports Canada envers Wapiti [aux pages 143 et 147 F.T.R.]:

Généralement, lorsque des infractions aux règlements ont été portées à l’attention de Wapiti, ou que des menaces de suspension ont été faites, Dale Wells a réussi à convaincre le ministère que la compagnie prenait bonne note des plaintes et ferait mieux à l’avenir. De façon évidente, on l’a cru.

...

Dans la présente affaire, il est vrai que des mesures contre Wapiti ont été considérées et que certaines dispo-

during the preceding year but in the place of decisive action the defendant's employees had been satisfied with Wapiti's promises to do better.

Such was Regional Inspector Davidson's response to the situation at Wapiti. It is not possible to reconcile this approach with that of a professional person of reasonable care and skill whose duty it was to protect passenger safety.<sup>63</sup>

sitions dans ce sens ont été prises au cours de l'année ayant précédé l'accident; cependant, les employés de la défenderesse n'ont pas posé de geste décisif, mais se sont satisfaits des promesses de Wapiti qu'elle ferait mieux à l'avenir.

Voilà comment l'inspecteur régional Davidson a réagi à la situation qui existait chez Wapiti. Cette manière d'agir est inconciliable avec celle d'une personne professionnelle faisant preuve de diligence et de soin raisonnables et ayant l'obligation de protéger la sécurité des passagers.<sup>63</sup>

96 In the case at bar, I am of the view that the public servants employed at the Treasury Board were not in "servicing". Rather, they were in what Mr. Justice Linden referred to as "governing". Subsection 6(4) of the *Financial Administration Act*<sup>64</sup> makes it clear that the public servants employed at the Treasury Board are so employed "for the proper conduct of the business of the Treasury Board". The business of the Treasury Board is set out in subsection 7(1) of the *Financial Administration Act*<sup>65</sup> which provides the following:

7. (1) The Treasury Board may act for the Queen's Privy Council for Canada on all matters relating to

- (a) general administrative policy in the public service of Canada;
- (b) the organization of the public service of Canada or any portion thereof, and the determination and control of establishments therein;
- (c) financial management, including estimates, expenditures, financial commitments, accounts, fees or charges for the provision of services or the use of facilities, rentals, licences, leases, revenues from the disposition of property, and procedures by which departments manage, record and account for revenues received or receivable from any source whatever;
- (d) the review of annual and longer term expenditure plans and programs of departments, and the determination of priorities with respect thereto;
  - (d.1) the management and development by departments of lands, other than Canada Lands as defined in subsection 24(1) of the *Canada Lands Surveys Act*;
- (e) personnel management in the public service of Canada, including the determination of the terms and conditions of employment of persons employed therein;
  - (e.1) the terms and conditions of employment of persons appointed by the Governor in Council that have

En l'espèce, je suis d'avis que les fonctionnaires employés par le Conseil du Trésor ne s'acquittaient pas de «tâches de service». Ils exerçaient plutôt ce que le juge Linden a qualifié de «fonctions de gouvernement». Le paragraphe 6(4) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*<sup>64</sup> précise bien que les fonctionnaires qui sont employés par le Conseil du Trésor le sont pour le «bon fonctionnement du Conseil du Trésor». Les attributions du Conseil du Trésor sont énumérées au paragraphe 7(1) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*<sup>65</sup>, qui dispose:

7. (1) Le Conseil du Trésor peut agir au nom du Conseil privé de la Reine pour le Canada à l'égard des questions suivantes:

- a) les grandes orientations applicables à l'administration publique fédérale;
- b) l'organisation de l'administration publique fédérale ou de tel de ses secteurs ainsi que la détermination et le contrôle des établissements qui en font partie;
- c) la gestion financière, notamment les prévisions budgétaires, les dépenses, les engagements financiers, les comptes, le prix de fourniture de services ou d'usage d'installations, les locations, les permis ou licences, les baux, le produit de la cession de biens, ainsi que les méthodes employées par les ministères pour gérer, inscrire et comptabiliser leurs recettes ou leurs créances;
- d) l'examen des plans et programmes des dépenses annuels ou à plus long terme des ministères et la fixation de leur ordre de priorité;
  - d.1) la gestion et l'exploitation des terres par les ministères, à l'exclusion des terres fédérales au sens du paragraphe 24(1) de la *Loi sur l'arpentage des terres du Canada*;
- e) la gestion du personnel de l'administration publique fédérale, notamment la détermination de ses conditions d'emploi;
  - e.1) les conditions d'emploi des personnes nommées par le gouverneur en conseil qui ne sont pas prévues par la

not been established under this or any other Act of Parliament or order in council or by any other means; and

(f) such other matters as may be referred to it by the Governor in Council.

présente loi, toute autre loi fédérale, un décret ou tout autre moyen;

f) les autres questions que le gouverneur en conseil peut lui renvoyer.

97 The Treasury Board is, for the purposes of the PSSRA, the employer of most federal public servants.<sup>66</sup> One of the responsibilities incumbent upon the Treasury Board, pursuant to paragraph 7(1)(e) of the *Financial Administration Act*<sup>67</sup> is the determination of the terms and conditions of employment for the public service. Simply put, it is up to the Treasury Board to decide what wages the various public servants should receive. By reason of the enactment of the PSSRA, Parliament has allowed its employees to constitute organizations to bargain for the terms and conditions of their employment. Failing agreement, Parliament has also allowed its employees to go on strike. Before being entitled to strike, the process created in the PSSRA obliges the public servants to go through “conciliation” whereby a conciliator is appointed by the Chairman of the PSSRB whose mandate is to “confer with the parties and endeavour to assist them in reaching an agreement”.

97 Le Conseil du Trésor est, pour l'application de la LRTPF, l'employeur de la plupart des fonctionnaires fédéraux<sup>66</sup>. Une des attributions du Conseil du Trésor, aux termes de l'alinéa 7(1)e) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*<sup>67</sup>, est la détermination des conditions de travail du personnel de l'administration publique fédérale. Plus simplement, c'est donc au Conseil du Trésor qu'il incombe de décider quelle rémunération les divers fonctionnaires doivent recevoir. Par suite de l'adoption de la LRTPF, le Parlement a permis à ses employés de former des organisations en vue de négocier leurs conditions de travail. Le Parlement a également permis à ses employés de faire la grève en l'absence d'entente. Avant d'avoir le droit de se mettre en grève, les fonctionnaires doivent, selon le processus créé par la LRTPF, se soumettre à un processus de «conciliation» dans le cadre duquel un conciliateur est nommé par le président de la CRTPF, dont le mandat est de «s'entretenir avec les parties et s'efforcer de les aider à parvenir à une entente».

98 It will be recalled that under subsection 78(1) of the PSSRA no conciliation board can be established before a determination has been made by the PSSRB with respect to “designated employees”. However, the determination of “designated employees” will only take place if the employer files a list of “designated employees” within 20 days of receipt of a notice to bargain collectively from the employee organization.

98 On se souviendra qu'aux termes du paragraphe 78(1) de la LRTPF, aucun bureau de conciliation ne peut être établi tant que la CRTPF n'a pas pris de décision en ce qui concerne les «fonctionnaires désignés». La CRTPF ne peut cependant prendre cette décision que si l'employeur lui a fourni une liste des «fonctionnaires désignés» dans les 20 jours qui suivent la réception de l'avis de négociations collectives donné par l'organisation d'employés.

99 In carrying out their duties under the PSSRA, the Treasury Board employees requested the individual departments to provide them with the names of those employees who should be “designated”. It was not disputed that the Department of Transport had complied with the Treasury Board's request and had provided the relevant names. As I have already indicated, the lists were filed one day late because the Department of National Defence had not been

99 Dans l'exercice des fonctions que la LRTPF leur attribue, les employés du Conseil du Trésor ont demandé aux divers ministères concernés de leur fournir la liste des employés qui devaient être «désignés». Il est acquis aux débats que le ministère des Transports a donné suite à la demande du Conseil du Trésor et qu'il lui a communiqué les noms pertinents. Ainsi que je l'ai déjà précisé, les listes ont été déposées avec un jour de retard parce que le minis-

diligent. Mr. Love explained why the names of those employees which the Department of Transport had indicated should be "designated" were not filed by December 14, 1987. It is clear that the Department of Transport and hence the CCG had no say whatsoever with respect to the manner in which the collective bargaining process was being handled by the Treasury Board.

tère de la Défense nationale n'avait pas été diligent. M. Love a expliqué pourquoi le nom des employés dont le ministère des Transports proposait la «désignation» n'avait pas encore été communiqué le 14 décembre 1987. Il est évident que le ministère des Transports et, partant, la GCC, n'avait pas voix au chapitre en ce qui concerne la façon dont le Conseil du Trésor s'occupait du processus de négociations collectives.

100 In my view, the omission to designate in a timely manner per subsection 78(2) of the PSSRA is not subject to the law of tort. I do not wish to be taken as saying that there can never be occasions where acts or omissions by public servants at the Treasury Board might give rise to tortious liability but certainly, in the present circumstances, the so-called failure to designate by December 14, 1987 is beyond the reach of the law of tort.

À mon avis, l'omission de procéder à la désignation en temps opportun conformément aux dispositions du paragraphe 78(2) de la LRTP n'est pas une question qui relève du droit de la responsabilité civile délictuelle. Je ne veux pas que l'on pense que j'estime qu'il n'y a jamais de circonstances dans lesquelles les actes ou les omissions des fonctionnaires du Conseil du Trésor pourraient donner lieu à une responsabilité délictuelle, mais il est indubitable qu'eu égard aux circonstances de la présente affaire, la présumée omission de procéder à la désignation au plus tard le 14 décembre 1987 échappe au droit de la responsabilité civile délictuelle. 100

101 The failure to designate on or before December 14, 1987 is in the same category as a failure to make a better offer to the public servants. It cannot be disputed that if the Ships' Crews had been designated on time the delays encountered by the plaintiffs' ships would have been greatly reduced. It also cannot be disputed that if the Treasury Board had made a better offer to its employees thereby avoiding the strike, the delays suffered would also have been greatly reduced. However, in both cases, the omissions are not within the reach of the law of tort. I wish to conclude this part of my reasons by stating that the defendant was under no duty to avoid or settle the strike. The defendant could have prevented the strike or could have terminated it earlier than December 15, 1989 but it did not do so for reasons which are outside the jurisdiction of this Court to consider.

Le défaut de procéder à la désignation au plus tard le 14 décembre 1987 entre dans la même catégorie que l'omission de faire une meilleure offre aux fonctionnaires. On ne peut nier que si les équipages des navires avaient été désignés à temps, les retards subis par les navires des demandereses auraient été grandement réduits. On ne peut pas nier non plus que si le Conseil du Trésor avait fait une meilleure offre à ses employés, évitant ainsi la grève, les retards subis auraient été également beaucoup moins importants. Toutefois, dans un cas comme dans l'autre, ces omissions échappent au droit de la responsabilité civile délictuelle. Je désire conclure cette partie de mes motifs en précisant que la défenderesse n'avait nullement l'obligation d'éviter la grève ou d'en arriver à un règlement. La défenderesse aurait pu empêcher la grève ou y mettre fin plus tôt que le 15 décembre 1989, mais elle ne l'a pas fait pour des raisons que la Cour n'a pas la compétence d'examiner. 101

102 For the sake of clarity I will set out a brief summary of my findings thus far:

Par souci de clarté, je résume donc les conclusions auxquelles j'en suis venu jusqu'à maintenant: 102

1. Crown liability results from a breach of a statutory duty or vicariously for a tort committed by a Crown servant.
  2. The objective of creating and maintaining conditions for efficient transit on the St. Lawrence River does not create a common law duty. However, there is a common law duty imposed on the CCG to ensure the safety of the users of the St. Lawrence River by taking whatever reasonable steps are necessary given the circumstances.
  3. There is no statutory duty found in the PSSRA requiring the Treasury Board to file.
  4. Even if section 78 does impose a duty on the Treasury Board employees to file a list for purposes of safety and security, the scope of that duty would only extend to prevention of bodily harm, loss of life and damage to property.
  5. The finding of negligence against the Treasury Board employees by the PSSRB (and upheld by the F.C.A.) does not amount to *res judicata* in this case.
  6. The employees of the Treasury Board did not owe a duty to the plaintiffs. The fact that the plaintiffs were known to the CCG does not help the plaintiffs as the only deed reproached in this case was an omission by a Treasury Board official.
  7. There has been no allegation nor evidence that the defendant breached its duty to ensure the safety of the users of the St. Lawrence River. Further, even if I had agreed with the plaintiffs with regard to the extent of the duty owed by the defendant to the plaintiffs, i.e. that the defendant had a duty to maintain the St. Lawrence River in a "safe and operational" state, the defendant, in my view, would not have been in breach of that duty. The plaintiffs did not adduce any evidence to the effect that the defendant had breached the duty they alleged. On the contrary, the defendant appears to have taken all
1. La responsabilité de la Couronne est engagée lorsqu'il y a manquement à une obligation légale ou qu'un préposé de la Couronne a commis un délit.
  2. L'objectif poursuivi en créant et en maintenant des conditions assurant l'efficacité du transport sur le fleuve Saint-Laurent ne crée pas une obligation en common law. Toutefois, une obligation de common law est imposée à la GCC, qui est tenue d'assurer la sécurité des usagers du fleuve Saint-Laurent en prenant les mesures raisonnables qui sont nécessaires eu égard aux circonstances.
  3. On ne trouve dans la LRTFP aucune obligation légale qui oblige le Conseil du Trésor à déposer une liste.
  4. Même si l'article 78 impose aux employés du Conseil du Trésor l'obligation de déposer une liste pour assurer la sécurité, cette obligation ne s'étend qu'à la prévention des lésions corporelles, des pertes de vie et des dommages matériels.
  5. La conclusion de négligence que la CRTFP a tirée en ce qui concerne les employés du Conseil du Trésor (conclusion qui a été confirmée par la C.A.F.) n'a pas l'autorité de la chose jugée en l'espèce.
  6. Les employés du Conseil du Trésor n'avaient aucune obligation envers les demanderesse. Le fait que la GCC connaissait les demanderesse n'est d'aucune utilité à celles-ci, étant donné que le seul acte reproché en l'espèce est une omission commise par un fonctionnaire du Conseil du Trésor.
  7. Aucun moyen et aucun élément de preuve n'ont été invoqués pour démontrer que la défenderesse a manqué à son obligation d'assurer la sécurité des usagers du fleuve Saint-Laurent. De plus, même si j'avais abondé dans le sens des demanderesse au sujet de la portée de l'obligation à laquelle la défenderesse était tenue envers les demanderesse, c.-à-d. en statuant que la défenderesse avait l'obligation d'assurer la sécurité du fleuve Saint-Laurent et de le maintenir en bon état de fonctionnement, la défenderesse n'aurait pas, à mon avis, manqué à cette obligation. Les demanderesse n'ont présenté aucun

reasonable steps to ensure the safety of the public and to allow maritime traffic to move in an efficient manner given the prevailing circumstances.

8. Ultimately, the actions of the Treasury Board are governing and not servicing. For this reason the decisions and actions of the Treasury Board employees are, in these circumstances, beyond review by the courts.

#### Damages

103 I will now set out my findings with regard to the plaintiffs' *quantum*. In other words, had I found for the plaintiffs on the issues of duty and breach of duty, I would have been prepared to allow the plaintiffs the following amount of damages.

104 The plaintiffs' claim against the defendant is in the sum of \$2,690,360. This sum is arrived at as follows:

i) Loss of revenue	\$ 2,600,360
ii) Additional expenses	\$ 90,000

105 During the course of the trial, the defendant conceded that if the plaintiffs were successful, they were entitled to expenses in the sum of \$90,000. However, the defendant did not concede anything in regard to the claim for loss of revenue.

106 The evidence led by the plaintiffs in regard to loss of revenue was, in fact, not complicated. Mr. Tom Brodeur, Vice-President Marketing for the plaintiffs, was the only witness who gave evidence on the issue of *quantum*. At the relevant time, Mr. Brodeur was the Director of Transportation and Customer Services for the plaintiffs.

107 Mr. Brodeur explained that in 1989, the plaintiffs' ships had not been able to carry all of the cargoes

élément de preuve pour démontrer que la défenderesse avait manqué à l'obligation qu'elles allèguent. Au contraire, il semble que la défenderesse a pris toutes les mesures raisonnables pour assurer la sécurité du public et pour permettre à la circulation maritime de se faire de façon efficace, compte tenu de la situation qui existait.

8. Finalement, les activités du Conseil du Trésor sont des fonctions de gouvernement et non des tâches de service. Pour ce motif, les décisions et les actes des employés du Conseil du Trésor échappent, dans ces conditions, au contrôle des tribunaux.

#### Dommages-intérêts

Voici maintenant mes conclusions en ce qui concerne le montant des dommages-intérêts des demanderessees. En d'autres termes, si j'avais donné gain de cause aux demanderessees sur les questions de l'obligation et du manquement à l'obligation, j'aurais été disposé à leur accorder les dommages-intérêts suivants. 103

Les demanderessees réclament la somme de 104  
2 690 360 \$ à la défenderesse. Voici comment elles en arrivent à cette somme:

i) Manque à gagner	2 600 360 \$
ii) Frais supplémentaires	90 000 \$

Au cours du procès, la défenderesse a reconnu 105  
que, si les demanderessees obtenaient gain de cause, elles avaient droit aux frais de 90 000 \$. Toutefois, la défenderesse n'a rien concédé en ce qui concerne la réclamation relative au manque à gagner.

La preuve administrée par les demanderessees au 106  
sujet du manque à gagner est, en fait, fort simple. M. Tom Brodeur, vice-président à la commercialisation pour les demanderessees, est la seule personne qui a témoigné au sujet de la question du montant. À l'époque en cause, M. Brodeur était le directeur des transports et des services à la clientèle pour les demanderessees.

M. Brodeur a expliqué qu'en 1989, les navires des 107  
demanderessees n'avaient pas été en mesure de trans-

which had been committed to them pursuant to contracts entered into with a number of shippers and receivers. Specifically, Mr. Brodeur's evidence was that fourteen trips had not been performed. According to Mr. Brodeur, the plaintiffs had always completed their contracts in previous years. The 1989 season was the only time contracts were not filled. Mr. Brodeur attributed this to the strike and more particularly to the fact that the Ships' Crews were not working.

porter toutes les marchandises qui leur avaient été confiées aux termes de contrats conclus avec plusieurs expéditeurs et réceptionnaires. Plus précisément, M. Brodeur a témoigné que quatorze voyages n'avaient pas été effectués. Selon M. Brodeur, les demanderessees avaient toujours exécuté leurs contrats au cours des années précédentes. La saison 1989 est la seule saison au cours de laquelle des contrats n'ont pas été exécutés. M. Brodeur a attribué cette situation à la grève et plus particulièrement au fait que les équipages des navires ne travaillaient pas.

108 To support his assertion, Mr. Brodeur explained that he had calculated, by reference to the log books of the fifteen ships, that the total number of days lost by the ships at the relevant time was 150.38. According to Mr. Brodeur, 128 days would have been required to complete the fourteen trips.

À l'appui de cette assertion, M. Brodeur a expliqué qu'il avait calculé, à l'aide des journaux de bord des quinze navires, que le nombre total de journées perdues par les navires se chiffrait à l'époque en cause à 150,38. Selon M. Brodeur, il aurait fallu 128 jours pour faire les quatorze voyages. 108

109 The defendant's position on this issue was that the delays which appear in the log books of the fifteen ships cannot be attributed directly to the fact that the Ships' Crews were on strike. For example, counsel for the defendant argued that following the collision of the *Enerchem Asphalt* with the upper gates of the St. Lambert Lock, the St. Lawrence Seaway System was closed for almost 2.5 days. Counsel argued that this delay did not result from the strike. Counsel also argued that the weather which prevailed in November and December 1989 was a major cause of the delays encountered by the plaintiffs' ships. In this respect, counsel relied on the evidence of the defendant's expert, Mr. Fred Parkinson. According to Mr. Parkinson, the ships in transit in the St. Lawrence River in November and December of 1989 would have been delayed even if there had not been a strike of the Ships' Crews. Mr. Parkinson opined that this was due to the "early rapid accumulation and quantity of ice".<sup>68</sup>

La thèse de la défenderesse sur cette question est que les retards qui figurent dans les journaux de bord des quinze navires ne peuvent être attribués directement au fait que les équipages de navires étaient en grève. Ainsi, l'avocat de la défenderesse a fait valoir qu'à la suite de la collision de l'*Enerchem Asphalt* avec les portes amont de l'écluse de Saint-Lambert, la voie maritime du Saint-Laurent avait été fermée pendant presque deux jours et demi. L'avocat fait valoir que ce retard n'est pas le résultat de la grève. Il soutient également que les conditions atmosphériques qui existaient en novembre et en décembre 1989 constituaient une cause importante des retards subis par les navires des demanderessees. À cet égard, l'avocat s'est fondé sur le témoignage d'un des experts de la défenderesse, M. Fred Parkinson. Selon M. Parkinson, les navires qui étaient en transit sur le fleuve Saint-Laurent en novembre et en décembre 1989 auraient été retardés même s'il n'y avait pas eu de grève des équipages des navires. M. Parkinson s'est dit d'avis que ces retards étaient attribuables [TRADUCTION] «à une accumulation rapide et précoce de glaces et à la quantité de glaces»<sup>68</sup>. 109

110 As I indicated earlier in my reasons, it was a particularly bad year to have a strike of the Ships'

Ainsi que je l'ai déjà précisé dans mes motifs, la grève des équipages de navires tombait particulière- 110



Crews because of the difficult weather conditions. It is difficult to argue with Mr. Parkinson's proposition that delays would have occurred even if there had not been a strike. However, the question is whether the plaintiffs would have been able to perform the fourteen trips which were not performed.

111 I have come to the conclusion that, in all likelihood, the majority of these trips would have been performed. Notwithstanding the difficult weather conditions, if the icebreakers had been in service and the Ships' Crews had proceeded to remove the summer buoys when it was realized that the cold weather was "here to stay", it is my view that delays to navigation would have been kept to a minimum.

112 Mr. Brodeur's evidence with respect to the plaintiffs' *quantum* was not seriously challenged and I see no reason not to accept his evidence. Consequently, had I found that the defendant owed the duty alleged by the plaintiffs and that the defendant had breached that duty, I would have allowed the plaintiffs 80% of the amount which they claim as loss of revenue. Thus I would have allowed the plaintiffs the sum of \$2,000,080. In addition, I would have allowed the sum of \$90,000 for additional expenses which the defendant has conceded.

### Conclusion

113 For these reasons, the plaintiffs' action shall be dismissed with costs in favour of the defendant.

<sup>1</sup> At the commencement of the trial, I was informed by counsel that this action was a test case.

<sup>2</sup> By their statement of claim, the plaintiffs claimed the sum of \$4,868,546.10. During the course of the trial, the plaintiffs reduced their claim to the sum of \$2,690,360.

<sup>3</sup> R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21) (hereinafter CLPA).

<sup>4</sup> R.S.C., 1985, c. P-35 (hereinafter the PSSRA).

ment mal cette année-là, en raison des conditions atmosphériques difficiles. Il est difficile de contredire la proposition de M. Parkinson que des retards se seraient produits même s'il n'y avait pas eu de grève. Toutefois, la question qui se pose est celle de savoir si les demandereses auraient pu réussir à effectuer les quatorze voyages qui n'ont pas été faits.

J'en suis arrivé à la conclusion que, selon toute 111 probabilité, la plupart de ces voyages auraient été faits. J'estime que, malgré les conditions atmosphériques difficiles, si les brise-glaces avaient été en service et si les équipages des navires avaient procédé à l'enlèvement des bouées d'été lorsqu'on s'est aperçu que le froid était «arrivé pour de bon», les retards causés à la navigation auraient été minimisés.

Le témoignage que M. Brodeur a donné au sujet 112 du montant des dommages-intérêts réclamés par les demandereses à ce titre n'a pas été sérieusement contesté et je ne vois aucune raison de ne pas accepter son témoignage. En conséquence, si j'avais conclu que la défenderesse était tenue à l'obligation alléguée par les demandereses et qu'elle a manqué à cette obligation, j'aurais accordé aux demandereses 80 pour 100 du montant qu'elles réclament au titre du manque à gagner. J'aurais donc accordé aux demandereses la somme de 2 000 080 \$. De plus, j'aurais accordé la somme de 90 000 \$ réclamée à titre de frais supplémentaires, somme que la défenderesse a concédée.

### Dispositif

Par ces motifs, l'action des demandereses sera 113 rejetée et les dépens seront adjugés à la défenderesse.

<sup>1</sup> À l'ouverture du procès, les avocats m'ont informé que la présente action était une cause type.

<sup>2</sup> Aux termes de leur déclaration, les demandereses réclamaient la somme de 4 868 546,10 \$. Au cours du procès, elles ont ramené leur réclamation à la somme de 2 690 360 \$.

<sup>3</sup> L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21) (ci-après appelée la LRCÉCA).

<sup>4</sup> L.R.C. (1985), ch. P-35 (ci-après appelée la LRTFP).

<sup>5</sup> The Ships' Crews Groups were entitled to go on strike legally as of November 11, 1989. However, they refused to work on November 10, 1989.

<sup>6</sup> S.C. 1989, c. 24.

<sup>7</sup> This document is Tab 9 of the defendant's productions, Vol. 3-A, produced as part of Exhibit P-3.

<sup>8</sup> UTC: Universal time coordinates.

<sup>9</sup> RIC: Regional Information Centre.

<sup>10</sup> Mr. Turner was examined on discovery by the plaintiffs on March 29, 1994. The transcript of his examination was filed as an exhibit during the course of the trial and thus is part of the evidence before me.

<sup>11</sup> For a general discussion of the history of Crown immunity see P. W. Hogg, *Liability of the Crown*, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 1989).

<sup>12</sup> See *Farnell v. Bowman* (1887), 12 App. Cas. 643 (P.C.); *Brabant & Co. v. King* [1895] A.C. 632 (P.C.); *Evans v. Finn* (1904), 4 S.R. (N.S.W. 297 (F.C.)).

<sup>13</sup> Hogg, *supra*, note 11, at p. 82. "On any public work" was changed to "while acting within the scope of his duties or employment" in 1938 [*An Act to amend the Exchequer Court Act*, S.C. 1938, c. 28, s. 1]. See also *McArthur, Matthew v. The King*, [1943] Ex. C.R. 77.

<sup>14</sup> S.C. 1952-53, c. 30.

<sup>15</sup> CLPA, *supra* note 3, s. 3.

<sup>16</sup> See the discussion of *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205 (hereinafter *Saskatchewan Wheat Pool*) at text accompanying note 35.

<sup>17</sup> *Olympia Janitorial Supplies v. Canada (Minister of Public Works)*, [1997] 1 F.C. 131 (T.D.).

<sup>18</sup> *Ibid.*, at pp. 140-145. Wetston J.'s summary of *Norsk [Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.]*, [1992] 1 S.C.R. 1021 is essentially a summary of the reasons for judgment delivered by Madam Justice McLachlin. Mr. Justice Cory and Madam Justice L'Heureux-Dubé concurred in the reasons of Justice McLachlin. Stevenson J., although agreeing with the conclusion reached by McLachlin J. did not agree with her reasons. Finally, La Forest J. dissented from the majority opinion. Iacobucci J. and Sopinka J. agreed with the reasons given by La Forest J.

<sup>19</sup> *Swanson v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 F.C. 408 (C.A.) (hereinafter *Swanson*), at pp. 418-419.

<sup>20</sup> There was no allegation on the third head and thus it is not considered in these reasons.

<sup>21</sup> Note that I am not dealing here with direct Crown liability because I am looking to the common law for the

<sup>5</sup> Les groupes des équipages de navires avaient légalement le droit de se mettre en grève le 11 novembre 1989. Ils ont toutefois refusé de travailler le 10 novembre 1989.

<sup>6</sup> L.C. 1989, ch. 24.

<sup>7</sup> Ce document est l'onglet 9 des pièces produites par la défenderesse, vol. 3-A, qui a été déposé sous la cote P-3.

<sup>8</sup> UTC: Universal time coordinates: Temps universel coordonné.

<sup>9</sup> CRI: Centre régional d'information.

<sup>10</sup> M. Turner a été interrogé au préalable par les demanderesse le 29 mars 1994. La transcription de cet interrogatoire a été versée au dossier au cours du procès et fait donc partie des éléments de preuve qui ont été portés à ma connaissance.

<sup>11</sup> Pour une analyse générale de l'histoire de l'immunité de la Couronne, voir P. W. Hogg, *Liability of the Crown*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto: Carswell, 1989).

<sup>12</sup> Voir les décisions *Farnell v. Bowman* (1887), 12 App. Cas. 643 (P.C.), *Brabant & Co. v. King*, [1895] A.C. 632 (P.C.); et *Evans v. Finn* (1904), 4 S.R. (N.S.W.) 297 (F.C.).

<sup>13</sup> Hogg, précité, note 11, à la p. 82. L'expression «sur un ouvrage public» a été remplacée en 1938 [*Loi modifiant la Loi de la cour de l'Échiquier*, S.C. 1938, ch. 28, art. 1] par «pendant qu'il agissait dans l'exercice de ses fonctions ou de son emploi». Voir également la décision *McArthur, Matthew v. The King*, [1943] R.C.É. 77.

<sup>14</sup> S.C. 1952-53, ch. 30.

<sup>15</sup> LRCÉCA, précitée, note 3, art. 3.

<sup>16</sup> Voir l'analyse de l'arrêt *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205 (ci-après appelé *Saskatchewan Wheat Pool*) dans le texte accompagnant la note 35.

<sup>17</sup> *Olympia Janitorial Supplies c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1997] 1 C.F. 131 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>18</sup> *Ibid.*, aux p. 140 à 145. Le résumé que le juge Wetston fait de l'arrêt *Norsk [Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.]*, [1992] 1 R.C.S. 1021 est essentiellement un résumé des motifs prononcés par M<sup>me</sup> le juge McLachlin. M. le juge Cory et M<sup>me</sup> le juge L'Heureux-Dubé ont souscrit aux motifs du juge McLachlin. Bien qu'il ait souscrit au dispositif du juge McLachlin, le juge Stevenson s'est dit en désaccord avec ses motifs. Finalement, le juge La Forest s'est dissocié de l'opinion majoritaire. Les juges Iacobucci et Sopinka ont, pour leur part, souscrit aux motifs du juge La Forest.

<sup>19</sup> *Swanson c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 C.F. 408 (C.A.) (ci-après appelé *Swanson*), aux p. 418 et 419.

<sup>20</sup> Comme aucune allégation n'a été faite à son sujet, ce troisième chef ne sera pas examiné dans les présents motifs.

<sup>21</sup> Il y a lieu de souligner que je ne traite pas ici de la responsabilité directe de la Couronne, parce que j'examine

duty. Whether there is a pertinent statutory duty imposed on the federal Crown will be discussed below.

<sup>22</sup> I should point out that the parties were unable to refer me to any statute, nor have I been able to find one, which imposes upon the Crown a duty in respect of the St. Lawrence River.

<sup>23</sup> [1989] 2 S.C.R. 1228 (hereinafter *Just*).

<sup>24</sup> [1978] A.C. 728 (H.L.).

<sup>25</sup> [1984] 2 S.C.R. 2.

<sup>26</sup> *Supra*, note 23, at p. 1236.

<sup>27</sup> R.S.B.C. 1979, c. 86, s. 2.

<sup>28</sup> [1994] 1 S.C.R. 445. The plaintiff in this case was rendered a paraplegic when a tree fell onto his truck while he was driving on a public highway. The Department of Transportation had surveyed the trees in the area of the accident only shortly before but had not marked this tree as a potential hazard. Cory J. held that the decision to inspect the trees was preliminary to the establishment of a policy on the subject as it involved questions of allocation of funds and expenditures.

<sup>29</sup> R.S.N.S. 1989, c. 360, s. 5(1)(a).

<sup>30</sup> R.S.C., 1985, c. S-9 (hereinafter the Shipping Act).

<sup>31</sup> C.R.C., c. 1403.

<sup>32</sup> *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 (now R.S.C., 1985, c. F-7).

<sup>33</sup> *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Treasury Board)*, [1989] 2 F.C. 445 (C.A.), at p. 448.

<sup>34</sup> *Ibid.*, at pp. 449-450.

<sup>35</sup> *Saskatchewan Wheat Pool*, *supra*, note 16, at pp. 225-226.

<sup>36</sup> See generally, Allen M. Linden, *Canadian Tort Law*, 5th ed. (Markham, Ont.: Butterworths, 1993) at pp. 206-209.

<sup>37</sup> *Petit Larousse illustré*. Paris: Librairie Larousse, 1979, at p. 935.

<sup>38</sup> *Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 3rd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1973), at p. 1927.

<sup>39</sup> [*Public Service Alliance of Canada and Canada (Treasury Board) (Ships Crews Group—Operational Category)*] [1970] C.P.S.S.R.B. No. 10 (QL).

<sup>40</sup> *Ibid.*, at pp. 29-30 (QL).

<sup>41</sup> For a summary of the view taken by the PSSRB on this matter, see Jacob Finkelman and Shirley B. Goldenberg, *Collective Bargaining in the Public Service: The Federal Experience in Canada*, vol. 2, (Montréal: Institute for Research on Public Policy, 1983) at pp. 483 ff.

<sup>42</sup> [1957] S.C.R. 810.

l'obligation qui est imposée par la common law. La question de savoir si une obligation légale pertinente est imposée à la Couronne fédérale sera abordée plus loin.

<sup>22</sup> Je tiens à souligner que les parties n'ont pas réussi à me citer de loi—et que je n'ai pas pu en trouver une—qui impose une obligation à la Couronne en ce qui concerne le fleuve Saint-Laurent.

<sup>23</sup> [1989] 2 R.C.S. 1228 (ci-après appelé *Just*).

<sup>24</sup> [1978] A.C. 728 (H.L.).

<sup>25</sup> [1984] 2 R.C.S. 2.

<sup>26</sup> Précité, note 23, à la p. 1236.

<sup>27</sup> R.S.B.C. 1979, ch. 86, art. 2.

<sup>28</sup> [1994] 1 R.C.S. 445. Dans cette affaire, le demandeur était devenu paraplégique par suite de la chute d'un arbre sur son camion alors qu'il conduisait sur la voie publique. Le ministère des Transports avait inspecté les arbres dans la zone de l'accident peu de temps auparavant mais n'avait pas indiqué que cet arbre pouvait présenter un danger. Le juge Cory a statué que la décision d'inspecter les arbres était préliminaire à l'établissement d'une politique sur la question, étant donné qu'elle impliquait des questions d'affectations de crédits et de dépenses.

<sup>29</sup> R.S.N.S. 1989, ch. 360, art. 5(1)a.

<sup>30</sup> L.R.C. (1985), ch. S-9 (ci-après appelée Loi sur la marine marchande).

<sup>31</sup> C.R.C., ch. 1403.

<sup>32</sup> *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10 (maintenant L.R.C. (1985), ch. F-7).

<sup>33</sup> *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1989] 2 C.F. 445 (C.A.), à la p. 448.

<sup>34</sup> *Ibid.*, aux p. 449 et 450.

<sup>35</sup> *Saskatchewan Wheat Pool*, précité, note 16, aux p. 225 et 226.

<sup>36</sup> Voir, de façon générale, Allen M. Linden, *Canadian Tort Law*, 5<sup>e</sup> éd., Markham, Ont.: Butterworths, 1993, aux p. 206 à 209.

<sup>37</sup> *Petit Larousse illustré*. Paris: Librairie Larousse, 1979, à la p. 935.

<sup>38</sup> «*The condition of being secure. The condition of being protected from or not exposed to danger; safety*». *Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford: Clarendon Press, 1973, à la p. 1927.

<sup>39</sup> [*Alliance de la Fonction publique du Canada et Canada (Conseil du Trésor) (Groupe des équipages de navires—Catégorie de l'exploitation)*] [1970] C.R.T.F.P.C. n<sup>o</sup> 10 (QL).

<sup>40</sup> *Ibid.*, à la p. 32 (QL).

<sup>41</sup> Pour un résumé du point de vue adopté par la CRTFP sur cette question, voir l'ouvrage de Jacob Finkelman et Shirley B. Goldenberg, *Collective Bargaining in the Public Service: The Federal Experience in Canada*, vol. 2, Montréal, Institut de recherches politiques, 1983, aux p. 483 et suivantes.

<sup>42</sup> [1957] R.C.S. 810.

<sup>43</sup> *Ibid.*, at pp. 814-815.

<sup>44</sup> [1982] 2 F.C. 147 (T.D.) (hereinafter *Warwick*), affd (1983), 48 N.R. 378 (F.C.A.).

<sup>45</sup> *Ibid.*, at p. 164.

<sup>46</sup> *Ibid.*, at pp. 170-172.

<sup>47</sup> [Public Service Alliance of Canada and Treasury Board (Ships Crews (supervisory and non-supervisory), Hospital Services (supervisory and non-supervisory) and Welfare Programmes Groups] [1989] C.R.S.S.R.B. No. 188 (Q.L.).

<sup>48</sup> *Canada (Attorney General) v. P.S.A.C.*, [1989] 3 F.C. 585 (C.A.), at p. 592.

<sup>49</sup> S. 5 of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 provides for the establishment of a committee of the Queen's Privy Council for Canada, called the Treasury Board. S. 7 (as am. by S.C. 1991, c. 24, ss. 2, 49) of the Act sets out the responsibilities of the Treasury Board and, in particular, provides that the Treasury Board shall have responsibility for determining the terms and conditions of employment of persons employed in the Public Service of Canada.

<sup>50</sup> S. 6(2) of the *Financial Administration Act*, *ibid.* provides that the Governor in Council may appoint a "Secretary of the Treasury" to perform the duties and functions assigned to him by the Treasury Board. S. 6(4) of the Act provides for the appointment of other officers and employees "necessary for the proper conduct of the business of the Treasury Board".

<sup>51</sup> Mr. Love was examined on discovery by the plaintiffs on March 28, 1994.

<sup>52</sup> [1932] A.C. 562 (H.L.).

<sup>53</sup> *Ibid.*, at p. 580.

<sup>54</sup> [1893] 1 Q.B. 491 (C.A.), at p. 497.

<sup>55</sup> *Supra*, note 6.

<sup>56</sup> *Supra*, note 23. In *Swinamer*, *supra*, note 28, the Court considered the actions of the Department of Transportation but found that they were not negligent on the facts. However, had they been negligent it is clear that the Crown would have been liable for the actions of its servants.

<sup>57</sup> *Ibid.*, at p. 1239.

<sup>58</sup> *Ibid.*, at pp. 1244-1245.

<sup>59</sup> *Supra*, note 28.

<sup>60</sup> *Supra*, note 19, at p. 423.

<sup>61</sup> *Ibid.*, at pp. 419-423.

<sup>62</sup> R.S.C., 1985, c. A-2.

<sup>63</sup> *Swanson*, *supra*, note 19, at pp. 433-434.

<sup>64</sup> *Supra*, note 49.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> S. 2 of the PSSRA defines the term "employer" as follows:

2. . . .

<sup>43</sup> *Ibid.*, aux p. 814 et 815.

<sup>44</sup> [1982] 2 C.F. 147 (1<sup>re</sup> inst.) (ci-après appelée *Warwick*), conf. à (1983), 48 N.R. 378 (C.A.F.).

<sup>45</sup> *Ibid.*, à la p. 164.

<sup>46</sup> *Ibid.*, aux p. 170 à 172.

<sup>47</sup> [Alliance de la Fonction publique du Canada et le Conseil du Trésor (Groupes Équipages de navires (surveillants et non-surveillants), Services hospitaliers (surveillants et non-surveillants) et Programmes de bien-être social)] [1989] C.R.T.F.P.C. n° 188 (QL).

<sup>48</sup> *Canada (Procureur général) c. A.F.P.C.*, [1989] 3 C.F. 585 (C.A.), à la p. 592.

<sup>49</sup> L'art. 5 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, prévoit la constitution d'un comité du Conseil privé de la Reine pour le Canada appelé Conseil du Trésor. L'art. 7 (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 2) de la Loi énumère les attributions du Conseil du Trésor et prévoit en particulier que le Conseil du Trésor est chargé de déterminer les conditions d'emploi du personnel de l'administration publique du Canada.

<sup>50</sup> L'art. 6(2) (mod., *idem*, art. 50) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, précitée, prévoit que le gouverneur en conseil peut nommer un «secrétaire du Conseil du Trésor» qui s'acquitte des fonctions qui lui sont assignées par le Conseil du Trésor. Le paragraphe 6(4) de la Loi prévoit la désignation des autres fonctionnaires et employés «nécessaire[s] au bon fonctionnement du Conseil du Trésor».

<sup>51</sup> M. Love a été interrogé au préalable par les demanderesse le 28 mars 1994.

<sup>52</sup> [1932] A.C. 562 (H.L.).

<sup>53</sup> *Ibid.*, à la p. 580.

<sup>54</sup> [1893] 1 Q.B. 491 (C.A.), à la p. 497.

<sup>55</sup> Précité, note 6.

<sup>56</sup> Précité, note 23. Dans l'arrêt *Swinamer*, précité, note 28, le tribunal a examiné les actes du ministère des Transports, mais a conclu que, vu l'ensemble des faits, ils ne permettraient pas de conclure à une négligence. Cependant, si le Ministère avait été négligent, il est évident que la Couronne aurait été jugée responsable des actes de ses préposés.

<sup>57</sup> *Ibid.*, à la p. 1239.

<sup>58</sup> *Ibid.*, aux p. 1244 et 1245.

<sup>59</sup> Précité, note 28.

<sup>60</sup> Précité, note 19, à la p. 423.

<sup>61</sup> *Ibid.*, aux p. 419 à 423.

<sup>62</sup> L.R.C. (1985), ch. A-2.

<sup>63</sup> *Swanson*, précité, note 19, aux p. 433 et 434.

<sup>64</sup> Précité, note 49.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> L'art. 2 de la LRTFP définit comme suit le terme «employeur»:

2. . . .

“employer” means Her Majesty in right of Canada as represented by,

(a) in the case of any portion of the public service of Canada specified in Part I of Schedule I, the Treasury Board, and

(b) in the case of any portion of the public service of Canada specified in Part II of Schedule I, the separate employer concerned;

The Ships’ Crews employed by a number of departments, fall under Part I of Schedule I. Thus, for those employees, the Treasury Board was the Crown’s representative for purposes of employment.

<sup>67</sup> *Supra*, note 49.

<sup>68</sup> Exhibit D-2, at p. 16.

«employeur» Sa Majesté du chef du Canada représentée:

a) par le Conseil du Trésor, dans le cas d’un secteur de l’administration publique fédérale spécifié à la partie I de l’annexe I;

b) par l’employeur distinct en cause, dans le cas d’un secteur de l’administration publique fédérale spécifié à la partie II de l’annexe I.

Les équipages de navires qui travaillent pour certains ministères tombent sous le coup de la partie I de l’annexe I. Ainsi, pour ces employés, le Conseil du Trésor était le représentant de Sa Majesté sur le plan professionnel.

<sup>67</sup> Précité, note 49.

<sup>68</sup> Pièce D-2, à la p. 16.

A-855-96

A-855-96

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(Appellant)

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

v.

c.

**Jeffrey Hugh Williams** (Respondent)

**Jeffrey Hugh Williams** (intimé)

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

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

Court of Appeal, Strayer, Robertson and McDonald JJ.A.—Toronto, March 20; Ottawa, April 11, 1997.

Cour d'appel, juges Strayer, Robertson et McDonald, J.C.A.—Toronto, 20 mars; Ottawa, 11 avril 1997.

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Appeal from order setting aside Minister's opinion respondent danger to Canadian public — Respondent, permanent resident, convicted of serious criminal offences — Deportation order issued — While appeal therefrom pending, Minister forming opinion under Immigration Act, s. 70(5) — Motions Judge holding principles of fundamental justice requiring reasons for opinion — Appeal allowed, certified questions answered — (1) S. 70(5) not engaging interests affecting liberty and/or security of person pursuant to Charter, s. 7 — Refusal of discretionary exemption from lawful deportation order (effect of s. 70(5) opinion) as applied to non-refugee having no legal right to be in country not involving deprivation of liberty — "Liberty" not including right of personal choice for permanent residents to stay in country where violated essential condition under which permitted to remain in Canada — (2) S. 70(5) not inconsistent with requirements of fundamental justice — (i) Not unconstitutionally vague — Giving sufficient direction to Minister so that both Minister, Court can determine whether Minister exercising power for purposes intended by Parliament — (ii) S. 70(5) not invalid for not requiring reasons — Possible to render proper decision without reasons, particularly where tribunal exercising discretionary powers — Principles of fundamental justice as guaranteed by Charter, s. 7 not requiring reasons — (3) No infringement of fundamental justice herein in failure to give reasons — No evidence Minister's delegate acting in bad faith, on basis of irrelevant criteria or without regard to material — (4) Failure to provide reasons in context of procedure used not breaching natural justice, procedural fairness — Requirements of natural justice subsumed under fairness — Given consequences, nature of decision, minimal requirements of fairness imposed, met.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Appel d'une ordonnance annulant l'avis du ministre selon lequel l'intimé constitue un danger pour le public au Canada — L'intimé, un résident permanent, a été déclaré coupable d'infractions criminelles graves — Une mesure d'expulsion a été prise — Pendant que l'appel de cette mesure était en instance, le ministre a exprimé un avis fondé sur l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration — Le juge des requêtes a statué que les principes de justice fondamentale exigeaient que des motifs soient fournis — L'appel est accueilli et il est répondu aux questions certifiées — (1) L'art. 70(5) ne fait pas intervenir les droits à la liberté et/ou à la sécurité de la personne conformément à l'art. 7 de la Charte — Le refus d'accorder une dispense discrétionnaire de l'exécution d'une mesure d'expulsion légale (effet de l'avis fondé sur l'art. 70(5)) prise contre un non-réfugié auquel la loi ne reconnaît pas le droit d'être au Canada n'entraîne pas une perte de liberté — La «liberté» ne comprend pas le droit pour les résidents permanents de faire le choix personnel de demeurer au Canada lorsqu'ils ont manqué à une condition essentielle devant être respectée pour qu'il leur soit permis de demeurer au Canada — (2) L'art. 70(5) n'est pas incompatible avec les exigences de justice fondamentale — (i) Cette disposition n'est pas inconstitutionnellement imprécise — Elle donne des instructions suffisantes au ministre, afin que le ministre et la Cour puissent déterminer si le ministre exerce ce pouvoir comme le législateur l'entendait — (ii) L'art. 70(5) n'est pas nul parce qu'il n'exige pas que des motifs soient fournis — Il est possible de rendre une décision sans fournir de motifs, surtout lorsqu'un tribunal exerce des pouvoirs discrétionnaires — Les principes de justice fondamentale garantis par l'art. 7 de la Charte n'exigent pas que des motifs soient fournis — (3) Le défaut de fournir des motifs en l'espèce ne porte pas atteinte à la justice fondamentale — Rien ne prouve que le délégué du ministre a agi de mauvaise foi, en tenant compte de facteurs dénués de pertinence ou sans égard au dossier — (4) L'omission de fournir des motifs dans le contexte de la procédure utilisée ne va pas à l'encontre de la justice*

*Administrative law — Judicial review — Certiorari — Appeal from order setting aside Minister's opinion issued under Immigration Act, s. 70(5) respondent danger to Canadian public — Motions Judge holding denial of natural justice, fairness as Minister not providing reasons for decision — Appeal allowed — Test under s. 70(5) whether Minister of opinion constituting such danger — Unless scheme of Act indicating otherwise, subjective decisions judicially reviewable only if decision maker acting in bad faith, erring in law or acting on basis of irrelevant considerations — Based on record, no evidence to contrary, assumption decision maker acting in good faith — None of material considered irrelevant, nor other irrelevant considerations considered — Requirements of natural justice subsumed under general category of "fairness" — Requirements of fairness depending on seriousness of decision — Consequences of decision not deportation order, but withdrawal of discretionary power to exempt respondent from lawful deportation — Also substituting possibility of discretionary stay for automatic statutory stay — Decision-making authorized by s. 70(5) not judicial, quasi-judicial, involving application of legal principles to facts — Minimal requirement of fairness met.*

*Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Removal of permanent residents — Appeal from order setting aside Minister's opinion respondent danger to Canadian public — Respondent, permanent resident, convicted of serious criminal offences — Deportation order issued — While appeal therefrom pending, Minister forming opinion under Immigration Act, s. 70(5) — Effect of Minister forming opinion to substitute (i) right of judicial review for right of appeal of deportation order; (ii) exercise by Minister of discretion to relieve from lawful deportation for exercise of similar discretion by Appeal Division; (iii) right to seek judicial stay instead of statutory stay — Minister's opinion not causa causans of deportation — Respondent facing deportation because as non-citizen, committing serious crimes in Canada.*

*naturelle et de l'équité procédurale — Les exigences de justice naturelle sont subsumées dans l'équité — Vu les conséquences et la nature de la décision, les exigences minimales imposées en matière d'équité ont été respectées.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Appel d'une ordonnance annulant l'avis du ministre fondé sur l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration selon lequel l'intimé constitue un danger pour le public au Canada — Le juge des requêtes a statué qu'il y a eu un déni de justice naturelle et d'équité parce que le ministre n'a pas motivé sa décision — Appel accueilli — Le critère prévu à l'art. 70(5) consiste à savoir si, selon le ministre, la personne constitue un tel danger — À moins que l'économie de la Loi n'indique le contraire, les décisions subjectives ne peuvent être examinées judiciairement que si le décideur a agi de mauvaise foi, a commis une erreur de droit ou a pris en considération des facteurs dénués de pertinence — D'après le dossier, rien ne permet de conclure le contraire et il faut présumer que le décideur a agi de bonne foi — Aucun document n'a été jugé non pertinent et aucun autre facteur dénué de pertinence n'a été pris en considération — Les exigences de justice naturelle sont subsumées dans la catégorie générale de l'«équité» — Les exigences en matière d'équité varient selon la gravité de la décision — Les conséquences de la décision ne sont pas la prise d'une mesure d'expulsion, mais le retrait du pouvoir discrétionnaire de dispenser l'intimé de l'exécution d'une mesure d'expulsion légale — Cette décision substitue également l'éventualité d'un sursis d'exécution discrétionnaire à un sursis d'origine législative automatique — Le processus décisionnel autorisé par l'art. 70(5) n'est pas un processus judiciaire ou quasi-judiciaire qui comporte l'application de principes juridiques à des faits — Les exigences minimales en matière d'équité ont été respectées.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Appel d'une ordonnance annulant l'avis du ministre selon lequel l'intimé constitue un danger pour le public au Canada — L'intimé, un résident permanent, a été déclaré coupable d'infractions criminelles graves — Une mesure d'expulsion a été prise — Pendant que l'appel de cette mesure était en instance, le ministre a exprimé un avis fondé sur l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration — L'avis donné par le ministre en application de l'art. 70(5) a pour effet de substituer (i) le droit de demander un contrôle judiciaire au droit d'interjeter appel de la mesure d'expulsion; (ii) l'exercice par le ministre du pouvoir discrétionnaire dont il est investi de dispenser une personne d'une expulsion légale à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire semblable conféré à la section d'appel; (iii) le droit de demander un sursis judiciaire au droit d'obtenir un sursis d'origine législative — L'avis du ministre n'est pas la cause véritable de l'expulsion — L'intimé est menacé d'expulsion parce que, en tant que non-citoyen, il a commis des crimes graves au Canada.*

*Bill of Rights — Appeal from order setting aside Minister's opinion respondent danger to Canadian public under Immigration Act, s. 70(5) — Motions Judge holding principles of fundamental justice requiring Minister to provide reasons for opinion — S. 2(e) guaranteeing right to fair hearing in accordance with principles of fundamental justice — Principles of fundamental justice not requiring reasons — S. 2(e) requiring fair "hearing" — Absence of reasons not necessarily affecting hearing.*

This was an appeal from an order of the Trial Division setting aside the Minister's decision that she was of the opinion that the respondent constituted a danger to the public in Canada. The Motions Judge held that there had been a denial of fundamental justice, natural justice and fairness because the Minister had not provided reasons for her decision. The respondent has had the status of a permanent resident since arriving in Canada as a child in 1976. Between 1984 and 1989, he was convicted of several serious criminal offences. Upon conviction of one offence he was sentenced to four years' imprisonment. The sentencing judge characterized him as "a deliberate and determined narcotic trafficker". An adjudicator determined that the applicant was a person described in *Immigration Act*, subsection 27(1) and issued a deportation order. The respondent appealed that decision pursuant to subsection 70(1), but before the appeal was heard he was notified that the Minister would be considering whether to issue an opinion under subsection 70(5). That subsection removes the right of appeal against a deportation order where the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada. The respondent made submissions regarding whether he was a danger to the public and whether there were sufficient humanitarian and compassionate factors to outweigh any danger he might present. An immigration officer considered all the material and submitted it with a report recommending that the opinion be certified that the respondent was a danger to the public in Canada. Subsequently the Minister's delegate signed such an opinion, thus precluding continuation of the appeal. After quashing the Minister's decision, the Motions Judge certified the following questions: (1) does *Immigration Act*, subsection 70(5) engage interests affecting liberty and/or security of the person pursuant to Charter, section 7; (2) is subsection 70(5) inconsistent with the requirements of fundamental justice and of no force or effect as it is unconstitutionally vague and/or does not provide for the rendering of reasons; (3) is the exercise of discretion by the Minister to issue an opinion pursuant to subsection 70(5), in the context of the procedure being used for that determination, inconsistent with the requirements of fundamental justice and Charter, section 7 where no reasons are provided for the opinion; and (4) does the failure to provide reasons for a determi-

*Déclaration des droits — Appel d'une ordonnance annulant l'avis du ministre fondé sur l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration selon lequel l'intimé constitue un danger pour le public au Canada — Le juge des requêtes a statué que les principes de justice fondamentale obligerait le ministre à fournir des motifs — L'art. 2e) garantit le droit à une audition impartiale conformément aux principes de justice fondamentale — Les principes de justice fondamentale n'exigent pas que des motifs soient fournis — L'art. 2e) exige une «audition» impartiale — Une décision non motivée n'est pas nécessairement préjudiciable à l'audition.*

Il s'agissait de l'appel d'une ordonnance par laquelle la Section de première instance a annulé la décision du ministre portant que, selon le ministre, le requérant constituait un danger pour le public au Canada. Le juge des requêtes a statué qu'il y a eu un déni de justice fondamentale, de justice naturelle et d'équité parce que le ministre n'a pas motivé son avis. L'intimé avait le statut de résident permanent depuis son entrée au Canada en 1976, alors qu'il était enfant. Entre 1984 et 1989, il a été reconnu coupable de plusieurs infractions criminelles graves. Après avoir été reconnu coupable d'une infraction, il a été condamné à une peine de prison de quatre ans. Le juge qui a prononcé la sentence l'a qualifié de «trafiquant de drogues convaincu». Un arbitre a conclu que le requérant était une personne visée au paragraphe 27(1) et a ordonné son expulsion. L'intimé a interjeté appel de cette décision en application du paragraphe 70(1), mais avant que son appel ne soit entendu, il a été avisé que le ministre examinerait l'opportunité d'exprimer un avis fondé sur le paragraphe 70(5). Cette disposition enlève le droit d'appel contre une mesure d'expulsion lorsque le ministre est d'avis que la personne constitue un danger pour le public au Canada. L'intimé a présenté des observations sur les questions de savoir s'il constituait un danger pour le public et s'il existait des raisons d'ordre humanitaire suffisantes pour primer le danger qu'il pourrait constituer. Un agent d'immigration a examiné tous ces documents et les a soumis avec un rapport recommandant d'exprimer l'avis que l'intimé constituait un danger pour le public au Canada. Par la suite, le délégué du ministre a signé un tel avis, ce qui a empêché la poursuite de l'appel. Après avoir annulé la décision du ministre, le juge des requêtes a certifié les questions suivantes: (1) le paragraphe 70(5) de la *Loi sur l'immigration* fait-il intervenir les droits à la liberté et/ou à la sécurité de la personne conformément à l'article 7 de la Charte; (2) le paragraphe 70(5) est-il incompatible avec les exigences de la justice fondamentale et inopérant du fait qu'il est d'une imprécision inconstitutionnelle et/ou ne prévoit pas l'obligation de motiver une décision; (3) l'exercice par le ministre du pouvoir discrétionnaire d'exprimer un avis fondé sur le paragraphe 70(5), dans le contexte de la procédure utilisée pour cette décision, est-il incompatible avec les exigences de justice fondamentale et l'article 7 de la Charte lorsque l'avis n'est



nation under subsection 70(5) in the context of the procedure being used, breach the requirements of natural justice or procedural fairness?

*Held*, the appeal should be allowed and the four certified questions answered in the negative.

(1) It should not be assumed that an opinion given under subsection 70(5) is the equivalent of a deportation order. At worst it replaces an appeal on law and facts with judicial review, substitutes the Minister's humanitarian discretion for that of the Appeal Division, and substitutes the possibility of a judicial stay of deportation for the certainty of a statutory stay. Even if the Minister's opinion did cause the removal of the respondent, it did not engage a "liberty" or "security of the person" interest under section 7. The refusal of a discretionary exemption from a lawful deportation order, as applied to a non-refugee who has no legal right to be in the country, does not involve a deprivation of liberty. "Liberty" does not include the right of personal choice for permanent residents to stay in this country where they have violated an essential condition under which they were permitted to remain in Canada.

(2) (i) Subsection 70(5) was not unconstitutionally vague. A law is unconstitutionally vague "if it so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate". In this context, the question was whether subsection 70(5) gives sufficient direction to the Minister so that both she and the Court can determine whether the Minister exercised the power for the purposes intended by Parliament. The formulation in subsection 70(5) is sufficiently clear for that purpose. In the context, "public danger" must refer to the possibility that a person who has committed a serious crime in the past may seriously be thought to be a potential re-offender. It need not be proven that the person will reoffend. The subsection adequately focusses the Minister's mind on consideration of whether, given what she knows about the individual and what that individual has had to say on his own behalf, she can form an opinion in good faith that he is a possible re-offender whose presence in Canada creates an "unacceptable" risk to the public. With the impossibility of proof of future conduct, there is always a risk and the extent to which society should be prepared to accept that risk can involve political considerations not inappropriate for a minister. "Danger" must mean a "present or future danger to the public". It is open to a minister to forecast future misconduct on the basis of past misconduct, particularly having regard to the circumstances of the offences and comments made by a sentencing judge. The statutory criterion is not impermissibly vague just because it allows the Minister to reach a conclusion different from

pas motivé; et (4) l'omission de motiver une décision rendue en vertu du paragraphe 70(5) dans le contexte de la procédure utilisée va-t-elle à l'encontre des exigences de justice naturelle et de l'équité en matière de procédure?

*Jugement*: l'appel doit être accueilli et les quatre questions certifiées doivent recevoir une réponse négative.

(1) On ne devrait pas présumer qu'un avis donné en vertu du paragraphe 70(5) est l'équivalent d'une mesure d'expulsion. Au pire, l'avis remplace un appel sur le droit et les faits par un contrôle judiciaire, remplace le pouvoir discrétionnaire de la section d'appel par le pouvoir discrétionnaire dont le ministre est investi d'accorder une dispense pour des raisons d'ordre humanitaire et remplace la certitude d'un sursis d'exécution d'origine législative par l'éventualité d'un sursis d'exécution judiciaire. Même si c'est l'avis du ministre qui est la cause de l'expulsion de l'intimé, cela ne fait pas intervenir un droit à la «liberté» ou à la «sécurité de la personne» prévu à l'article 7. Le refus d'accorder une dispense discrétionnaire de l'exécution d'une mesure d'expulsion légale prise contre un non-réfugié auquel la loi ne reconnaît pas le droit d'être au Canada n'entraîne pas une perte de liberté. La «liberté» ne comprend pas le droit pour les résidents permanents de faire le choix personnel de demeurer au Canada s'ils ont manqué à une condition essentielle devant être respectée pour qu'il leur soit permis de demeurer au Canada.

(2) (i) Le paragraphe 70(5) n'est pas inconstitutionnellement imprécis. Une loi est d'une imprécision inconstitutionnelle «si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire». Dans ce contexte, la question était de savoir si le paragraphe 70(5) donne des instructions suffisantes au ministre, afin que le ministre et la Cour puissent déterminer si le ministre a exercé ce pouvoir comme le législateur l'entendait. Le libellé du paragraphe 70(5) est suffisamment clair à cet égard. Dans ce contexte, l'expression «danger public» doit se rapporter à la possibilité qu'une personne ayant commis un crime grave dans le passé puisse sérieusement être considérée comme un récidiviste potentiel. Point n'est besoin de prouver que cette personne récidivera. Cette disposition oriente convenablement la pensée du ministre vers la question de savoir si, compte tenu de ce que le ministre sait de l'intéressé et des observations que l'intéressé a faites en son propre nom, le ministre peut sincèrement croire que l'intéressé est un récidiviste potentiel dont la présence au Canada crée un risque «inacceptable» pour le public. Vu l'impossibilité de prouver une conduite future, il y a toujours un risque, et la mesure dans laquelle la société devrait être prête à accepter ce risque peut faire intervenir des considérations politiques qui ne sont pas inappropriées de la part d'un ministre. Le «danger» doit être interprété comme un «danger présent ou futur pour le public». Il est loisible à un ministre de prévoir une inconduite future à partir d'une inconduite passée, particulièrement eu égard aux circonstances des

that of the Court. "Danger to the public in Canada" sufficiently directs the Minister to the question which needs to be considered, and adequately permits a reviewing court to determine whether regard was had to relevant considerations. One cannot demand such precise criteria in subsection 70(5) as to ensure that it can be applied with absolute predictability of result.

(ii) Subsection 70(5) was not invalid for not requiring the giving of reasons. There is no duty on tribunals to give reasons where a statute has not specifically so provided, particularly where the decision is discretionary. Where a discretionary tribunal decision is either, on its face, perverse, or where there is evidence of facts being before the tribunal which manifestly required a different result or which were irrelevant yet apparently determinative of the result, then a court may be obliged to conclude that, in the absence of reasons which might have explained how the result is rational or how certain factors were taken into account but rejected, the decision must be set aside for one of the established grounds of judicial review such as error of law, bad faith, consideration of irrelevant factors, failure to consider relevant factors etc. In such cases the decision is set aside not because of a lack of reasons *per se*, but because in the absence of reasons it is not possible to overcome the inference of perversity or error derived from the result or the surrounding circumstances of the decision. It is possible for a tribunal, or a judge, to render a proper decision without reasons, particularly where tribunals are exercising largely discretionary powers, such as the Minister under subsection 70(5). The principles of fundamental justice as guaranteed by Charter, section 7 do not require that reasons be given. For the same reason, there is no conflict with *Canadian Bill of Rights*, paragraph 2(e) which guarantees the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice. Moreover, paragraph 2(e) only requires a "fair hearing" and absence of reasons for a decision does not necessarily affect the "hearing".

(3) The failure to give reasons did not infringe fundamental justice. Even accepting that an absence of reasons may preclude effective judicial review, that was not the situation here. The issue was whether the Minister's delegate acted in bad faith, on the basis of irrelevant criteria or evidence, or without regard to the material. There was no evidence that any of these things occurred and the result was not perverse. It was open to the Minister's delegate to form the opinion based on the respondent's convictions, their nature and frequency, and

infractions et aux commentaires faits par l'un des juges qui ont prononcé les peines. Le critère législatif n'est pas d'une imprécision inadmissible simplement parce qu'il permet au ministre de parvenir à une conclusion différente de celle de la Cour. L'expression «danger pour le public au Canada» attire suffisamment l'attention du ministre sur la question qu'il doit examiner et permet adéquatement à une cour de contrôle de déterminer si des facteurs pertinents ont été pris en considération. On ne peut pas exiger que le paragraphe 70(5) renferme des critères précis au point de faire en sorte que l'application de cette disposition donne des résultats tout à fait prévisibles.

(ii) Le paragraphe 70(5) n'est pas inopérant parce qu'il ne prévoit pas l'obligation de fournir des motifs. Rien n'oblige les tribunaux à motiver leurs décisions lorsqu'une loi ne l'exige pas expressément, surtout lorsqu'il s'agit d'une décision discrétionnaire. Lorsque la décision discrétionnaire d'un tribunal est manifestement absurde ou lorsque les faits qui ont été soumis au tribunal exigeaient manifestement un résultat différent ou étaient dénués de pertinence mais ont apparemment eu un effet déterminant sur le résultat, il se peut qu'une cour de justice doive, en l'absence de motifs qui auraient pu expliquer comment le résultat est effectivement justifié ou comment certains facteurs ont été pris en considération mais rejetés, annuler la décision pour l'un des motifs reconnus de contrôle judiciaire comme l'erreur de droit, la mauvaise foi, la prise en considération de facteurs dénués de pertinence et l'omission de tenir compte de facteurs pertinents. Dans de telles circonstances, la décision est annulée non pas parce qu'elle n'est pas motivée, mais parce que sans motifs il n'est pas possible de surmonter l'obstacle que constitue la conclusion d'absurdité ou d'erreur dérivée du résultat ou des circonstances entourant la décision. Il est possible qu'un tribunal, ou un juge, rende une décision légitime sans fournir de motifs, surtout lorsque les tribunaux exercent des pouvoirs en grande partie discrétionnaires, comme le ministre en vertu du paragraphe 70(5). Les principes de justice fondamentale qui sont garantis par l'article 7 de la Charte n'exigent pas que des motifs soient fournis. Pour la même raison, il n'y a pas de conflit avec l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, qui garantit le droit à une audition impartiale en conformité avec les principes de justice fondamentale. De plus, l'alinéa 2e) exige uniquement une «audition impartiale» et une décision non motivée n'est pas nécessairement préjudiciable à l'«audition».

(3) Le défaut de fournir des motifs ne porte nullement atteinte à la justice fondamentale. Même en acceptant qu'une décision non motivée peut empêcher un contrôle judiciaire véritable, telle n'est pas la situation en l'espèce. La question était de savoir si le délégué du ministre a agi de mauvaise foi, en tenant compte de facteurs ou d'éléments de preuve dénués de pertinence, ou sans égard au dossier. Rien ne permettait de conclure que l'un ou l'autre de ces faits s'est produit, et le résultat n'était pas absurde. Il était loisible au délégué du ministre d'exprimer l'avis,

the comments of the sentencing judge, that he represented a danger to the Canadian public. The Minister did not employ unlawful criteria.

(4) The requirements of natural justice are subsumed under the general category of "fairness", particularly in respect of an administrative decision such as this. The requirements of fairness depend on the seriousness of the decision being taken. The consequence of this decision was not a deportation order, but the withdrawal of a discretionary power to exempt the respondent from lawful deportation, such discretion instead being limited thereafter to exercise by the Minister. It also substituted the possibility of a discretionary stay for an automatic statutory stay. The decision-making authorized by subsection 70(5) is not judicial or quasi-judicial in nature involving the application of pre-existing legal principles to specific factual determinations, but rather the formation of an opinion in good faith drawn from the probabilities as perceived by the Minister from an examination of relevant material and an assessment as to the acceptability of the probable risk. In such circumstances the requirements of fairness are minimal and were met for the same reasons that the requirements of fundamental justice were met.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 2(e).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 11(e), 24.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 515.
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 4(1), 27(1)(d)(i),(ii), 32(2), 49(1)(b) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 41), 70(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1995, c. 15, s. 13), (5) (as enacted *idem*), 114(2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102).
- Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1.
- United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R.

sur le fondement des déclarations de culpabilité prononcées contre l'intimé, de leur nature et de leur nombre, et d'après les observations du juge qui a prononcé la sentence, que l'intimé constituait un danger pour le public au Canada. Le ministre n'a pas appliqué des critères illégaux.

(4) Les exigences de justice naturelle sont subsumées dans la catégorie générale de l'«équité», particulièrement en ce qui a trait à une décision administrative comme celle qui nous intéresse. Les exigences en matière d'équité varient selon la gravité de la décision qui est prise. La conséquence de cette décision n'était pas une mesure d'expulsion, mais le retrait du pouvoir discrétionnaire de dispenser l'intimé d'une expulsion légale, ce pouvoir étant plutôt exercé par le ministre par la suite. Cette décision substituait également l'éventualité d'un sursis d'exécution discrétionnaire à un sursis d'origine législative automatique. Le processus décisionnel autorisé par le paragraphe 70(5) n'est pas un processus judiciaire ou quasi-judiciaire qui, par nature, comporte l'application de principes juridiques préexistants à des décisions factuelles précises, mais réside plutôt dans la formulation d'un avis de bonne foi basé sur les probabilités perçues par le ministre au moyen d'un examen des documents pertinents et sur une évaluation de l'acceptabilité du risque probable. Dans de telles circonstances, les exigences en matière d'équité sont minimales et ont été respectées pour des motifs identiques à ceux qui ont été donnés quant au respect des exigences de justice fondamentale.

#### 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, 11e), 24.
- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 515.
- Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III, art. 2e).
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.
- Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1.
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 4(1), 27(1)(d)(i),(ii), 32(2), 49(1)(b) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 41), 70(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1995, ch. 15, art. 13), (5) (édicte, *idem*), 114(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*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; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; (1992), 114 N.S.R. (2d) 91; 93 D.L.R. (4th) 36; 313 A.P.R. 91; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; 139 N.R. 241; *Thompson v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 1097 (T.D.) (QL); *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565.

## DISTINGUISHED:

*Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; (1988), 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Doody*, [1994] 1 A.C. 531 (H.L.).

## CONSIDERED:

*Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 299; (1990), 67 D.L.R. (4th) 697; 42 Admin. L.R. 189; 10 Imm. L.R. (2d) 137; 107 N.R. 107 (C.A.); *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 696; (1993), 100 D.L.R. (4th) 151; 14 C.R.R. (2d) 146; 18 Imm. L.R. (2d) 165; 151 N.R. 69 (C.A.); *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; (1992), 77 C.C.C. (3d) 91; 17 C.R. (4th) 74; 12 C.R.R. (2d) 31; 144 N.R. 176; 51 Q.A.C. 161; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; (1994), 122 D.L.R. (4th) 1; 26 C.R.R. (2d) 202; 176 N.R. 161; 78 O.A.C. 1; 9 R.F.L. (4th) 157.

## REFERRED TO:

*Clarke v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 1567 (T.D.) (QL); *Ibrahim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 1559 (T.D.) (QL); *Hinds v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 1544 (T.D.) (QL); *Calabrese v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 1691 (T.D.) (QL); *Gervasoni v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 110 F.T.R. 297; 34 Imm. L.R. (2d) 80 (F.C.T.D.); *Lindo v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1996), 34 Imm. L.R. (2d) 310 (F.C.T.D.); *Canales v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 114 F.T.R. 281

(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; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; (1992), 114 N.S.R. (2d) 91; 93 D.L.R. (4th) 36; 313 A.P.R. 91; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; 139 N.R. 241; *Thompson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1097 (1<sup>er</sup> inst.) (QL); *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; (1988), 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Doody*, [1994] 1 A.C. 531 (H.L.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 299; (1990), 67 D.L.R. (4th) 697; 42 Admin. L.R. 189; 10 Imm. L.R. (2d) 137; 107 N.R. 107 (C.A.); *Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 C.F. 696; (1993), 100 D.L.R. (4th) 151; 14 C.R.R. (2d) 146; 18 Imm. L.R. (2d) 165; 151 N.R. 69 (C.A.); *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; (1992), 77 C.C.C. (3d) 91; 17 C.R. (4th) 74; 12 C.R.R. (2d) 31; 144 N.R. 176; 51 Q.A.C. 161; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; (1994), 122 D.L.R. (4th) 1; 26 C.R.R. (2d) 202; 176 N.R. 161; 78 O.A.C. 1; 9 R.F.L. (4th) 157.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Clarke c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1567 (1<sup>er</sup> inst.) (QL); *Ibrahim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1559 (1<sup>er</sup> inst.) (QL); *Hinds c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1544 (1<sup>er</sup> inst.) (QL); *Calabrese c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1691 (1<sup>er</sup> inst.) (QL); *Gervasoni c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 110 F.T.R. 297; 34 Imm. L.R. (2d) 80 (C.F. 1<sup>er</sup> inst.); *Lindo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 34 Imm. L.R. (2d) 310 (C.F. 1<sup>er</sup> inst.); *Canales c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Im-*

(F.C.T.D.); *Canada (Attorney General) v. Purcell*, [1996] 1 F.C. 644; (1995), 96 CLLC 210-010; 192 N.R. 148 (C.A.); *Shah v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 170 N.R. 238 (F.C.A.); *Baker v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 127 (C.A.); *Hoang v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35; 120 N.R. 193 (F.C.A.); *Canepa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 3 F.C. 270; (1992), 10 C.R.R. (2d) 348 (C.A.); *Barrera v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 3; (1992), 99 D.L.R. (4th) 264; 18 Imm. L.R. (2d) 81; 151 N.R. 28 (C.A.); *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; (1987), 44 D.L.R. (4th) 193; 37 C.C.C. (3d) 1; 61 C.R. (3d) 1; 80 N.R. 161; *Public Service Board of N.S.W. v. Osmond* (1986), 159 C.L.R. 656 (H.C.); *Canadian Human Rights Commission v. Canada* (1995), 192 N.R. 125 (F.C.A.); *R v Civil Service Appeal Board, ex p Cunningham*, [1991] 4 All ER 310 (C.A.); *Bidulka v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 3 F.C. 630; (1987), 76 N.R. 374 (C.A.).

## AUTHORS CITED

Wade, H. W. R. and Christopher Forsyth. *Administrative Law*, 7th ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

APPEAL from an order setting aside the Minister's decision that she was of the opinion that the respondent constituted a danger to the public in Canada ([1997] 1 F.C. 431 (T.D.)); [1997] 1 F.C. 457 (T.D.)) and certifying four questions. Appeal allowed and all four questions answered in the negative.

## COUNSEL:

*Urszula Kaczmarczyk and I. John Loncar* for appellant.

*Ronald P. Poulton and Victoria Russell* for respondent.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.

*Jackman & Associates*, Toronto, for respondent.

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

STRAYER J.A.:

*migration* (1996), 114 F.T.R. 281 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Procureur général) c. Purcell*, [1996] 1 C.F. 644; (1995), 96 CLLC 210-010; 192 N.R. 148 (C.A.); *Shah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 170 N.R. 238 (C.A.F.); *Baker c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 127 (C.A.); *Hoang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35; 120 N.R. 193 (C.A.F.); *Canepa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 3 C.F. 270; (1992), 10 C.R.R. (2d) 348 (C.A.); *Barrera c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 3; (1992), 99 D.L.R. (4th) 264; 18 Imm. L.R. (2d) 81; 151 N.R. 28 (C.A.); *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; (1987), 44 D.L.R. (4th) 193; 37 C.C.C. (3d) 1; 61 C.R. (3d) 1; 80 N.R. 161; *Public Service Board of N.S.W. v. Osmond* (1986), 159 C.L.R. 656 (H.C.); *Commission canadienne des droits de la personne c. Canada* (1995), 192 N.R. 125 (C.A.F.); *R v Civil Service Appeal Board, ex p Cunningham*, [1991] 4 All ER 310 (C.A.); *Bidulka c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 3 C.F. 630; (1987), 76 N.R. 374 (C.A.).

## DOCTRINE

Wade, H. W. R. and Christopher Forsyth. *Administrative Law*, 7th ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

APPEL d'une ordonnance annulant la décision du ministre portant que, selon le ministre, l'intimé constituait un danger pour le public au Canada ([1997] 1 C.F. 431 (1<sup>re</sup> inst.); [1997] 1 C.F. 457 (1<sup>re</sup> inst.)) et certifiant quatre questions. Appel accueilli et réponse négative donnée aux quatre questions.

## AVOCATS:

*Urszula Kaczmarczyk et I. John Loncar* pour l'appelant.

*Ronald P. Poulton et Victoria Russell* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

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

*Jackman & Associates*, Toronto, pour l'intimé.

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

LE JUGE STRAYER, J.C.A.:

### Introduction

1 This is an appeal from an order of the Trial Division of October 29, 1996 [[1997] 1 F.C. 431; [1997] 1 F.C. 457]. In it the Motions Judge set aside a decision made on behalf of the Minister of Citizenship and Immigration under subsection 70(5) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as enacted by S.C. 1995, c. 15, s. 13)], on November 10, 1995, to the effect that the Minister was of the opinion that the applicant constituted a danger to the public in Canada. The learned Motions Judge set the decision aside on the basis that the Minister was, in the circumstances, obliged by principles of fundamental justice<sup>1</sup> and of the common law to provide reasons for her decision. The Motions Judge declined to find that subsection 70(5) itself is invalid as inconsistent with 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]], on the grounds advanced by the applicant: namely that it is too vague and that it does not specifically require reasons to be given. On this appeal the appellant seeks a reversal of the Motions Judge's finding that the Minister violated principles of fundamental justice and the common law, while the respondent not only seeks to uphold her opinion but also contends that she should have held subsection 70(5) to be contrary to section 7 of the Charter for vagueness and a lack of requirement of reasons.

### Facts

2 The respondent was born in Jamaica in 1966, entered Canada in 1976 and has had the status of a permanent resident since that time. He has never acquired Canadian citizenship. Between May 1984 and September 1989, he was convicted of five offences, including the criminal offence of assault and four offences involving trafficking in narcotics contrary to the *Narcotic Control Act* [R.S.C., 1985, c. N-1]. On one of these charges, for possession of

### Introduction

1 Il s'agit de l'appel d'une ordonnance rendue par la Section de première instance le 29 octobre 1996 [[1997] 1 C.F. 431; [1997] 1 C.F. 457]. Par cette ordonnance, le juge des requêtes a annulé une décision prise au nom du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration en application du paragraphe 70(5) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (édicte par L.C. 1995, ch. 15, art. 13)] le 10 novembre 1995 et portant que, selon le ministre, le requérant constituait un danger pour le public au Canada. Le juge des requêtes a annulé la décision au motif que les principes de justice fondamentale<sup>1</sup> et les principes reconnus par la common law obligeaient le ministre, dans les circonstances, à motiver sa décision. Le juge des requêtes a refusé de conclure que le paragraphe 70(5) lui-même est nul en raison de son incompatibilité avec 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]] pour les motifs invoqués par le requérant, à savoir que ce paragraphe est trop imprécis et n'exige pas expressément que des motifs soient fournis. Dans le cadre du présent appel, l'appelant demande l'annulation de la conclusion du juge des requêtes selon laquelle le ministre a contrevenu aux principes de justice fondamentale et à la common law. Quant à l'intimé, non seulement il demande la confirmation de la décision du juge des requêtes, mais il soutient aussi que le juge des requêtes aurait dû statuer que le paragraphe 70(5) contrevient à l'article 7 de la Charte parce qu'il est imprécis et ne prévoit pas l'obligation de fournir des motifs.

### Les faits

2 L'intimé est né en Jamaïque en 1966, est entré au Canada en 1976 et a le statut de résident permanent depuis ce temps. Il n'a jamais obtenu la citoyenneté canadienne. Entre le mois de mai 1984 et le mois de septembre 1989, il a été reconnu coupable de cinq infractions, à savoir l'infraction criminelle de voies de fait et quatre infractions reliées au trafic des stupéfiants en violation de la *Loi sur les stupéfiants* [L.R.C. (1985), ch. N-1]. À la suite de l'une de ces

cocaine for purposes of trafficking, he was sentenced in February 1992 to four years' imprisonment. On that occasion a trial judge of the Ontario Court (General Division) said this of the respondent:

In 1989, he was convicted on four charges of trafficking, firstly being in May of 1982 [*sic*], charges resulting in 6 months incarceration and 3 years probation. He was convicted in August of 1989 of trafficking in a narcotic and given 6 months and again in August of 1989 trafficking in a narcotic, and in 1989, in September, failing to comply with a recognizance. The offence date in the offences with which I dealt was the 24th of September 1989. It is apparent from that that he must have been scarcely out of custody in connection with the 1989 narcotics offences when he committed the present offence.

The accused appears to be a deliberate and determined narcotic trafficker, and, in my view, the sentence should reflect that fact by way of specific and general deterrence. There will be a sentence of 4 years imprisonment.<sup>2</sup>

3 The *Immigration Act* contains, or contained at the relevant times, the following provisions:

4. (1) A Canadian citizen and a permanent resident have a right to come into Canada except where, in the case of a permanent resident, it is established that that person is a person described in subsection 27(1).

...

27. (1) Where an immigration officer or a peace officer is in possession of information indicating that a permanent resident is a person who

...

(d) has been convicted of an offence under any Act of Parliament for which a term of imprisonment of

(i) more than six months has been imposed, or

(ii) five years or more may be imposed,

...

the immigration officer . . . shall forward a written report to the Deputy Minister . . .

accusations, soit la possession de cocaïne dans le but d'en faire le trafic, il a été condamné en février 1992 à une peine de prison de quatre ans. Le juge de première instance de la Cour de l'Ontario (Division générale) qui a prononcé la sentence a fait les remarques suivantes sur l'intimé:

[TRADUCTION] En 1989, il a été reconnu coupable relativement à quatre accusations de commerce illicite, la première fois en mai 1982 [*sic*], et a été condamné à une peine de prison de six mois et à une probation de trois ans. En août 1989, il a été reconnu coupable de trafic d'un stupéfiant et condamné à une peine de prison de six mois. Il a de nouveau été reconnu coupable en août 1989 de trafic d'un stupéfiant et, en septembre 1989, d'avoir contrevenu à un engagement. La date de perpétration de l'infraction en ce qui a trait aux infractions que j'ai examinées était le 24 septembre 1989. Il appert que l'accusé devait à peine avoir recouvré sa liberté relativement aux infractions de 1989 reliées aux stupéfiants lorsqu'il a commis la présente infraction.

L'accusé semble être un trafiquant de drogues convaincu et, selon moi, la sentence devrait tenir compte de ce fait en guise de dissuasion générale et spécifique. L'accusé sera condamné à une peine de prison de quatre ans<sup>2</sup>.

La *Loi sur l'immigration* contient, ou contenait à l'époque pertinente, les dispositions suivantes: 3

4. (1) Ont le droit d'entrer au Canada les citoyens canadiens et, sauf s'il a été établi qu'ils appartiennent à l'une des catégories visées au paragraphe 27(1), les résidents permanents.

...

27. (1) L'agent d'immigration ou l'agent de la paix doit faire part au sous-ministre, dans un rapport écrit . . . de renseignements concernant un résident permanent et indiquant que celui-ci, selon le cas:

...

d) a été déclaré coupable d'une infraction prévue par une loi fédérale:

(i) soit pour laquelle une peine d'emprisonnement de plus de six mois a été imposée,

(ii) soit qui peut être punissable d'au moins cinq ans d'emprisonnement;

A person alleged to fall within these provisions in subsection 27(1) may be the subject of an inquiry by an adjudicator under section 32 which provides:

32. . . .

(2) Where an adjudicator decides that a person who is the subject of an inquiry is a permanent resident described in subsection 27(1), the adjudicator shall, subject to subsections 44(1) and 46(3), make a deportation order against that person. [Emphasis added.]

On June 27, 1994 an adjudicator determined that the respondent was such a person and ordered his deportation as he was required to do.

4 As I understand it, it is not in dispute that the respondent is a permanent resident but not a citizen, that he committed the offences referred to the adjudicator for inquiry and that he was correctly found to be a person described in paragraph 27(1)(d) in respect of whom, according to subsection 32(2), the adjudicator was obliged to issue a deportation order.

5 The respondent appealed that decision to the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board pursuant to subsection 70(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1995, c. 15, s. 13] which provides as follows:

70. (1) Subject to subsections (4) and (5), where a removal order or conditional removal order is made against a permanent resident or against a person lawfully in possession of a valid returning resident permit issued to that person pursuant to the regulations, that person may appeal to the Appeal Division on either or both of the following grounds namely,

(a) on any ground of appeal that involves a question of law or fact, or mixed law and fact; and

(b) on the ground that, having regard to all the circumstances of the case, the person should not be removed from Canada.

Before his appeal could be heard he was notified by letter of the Department of Citizenship and Immigration dated October 2, 1995 that the Minister would

Une personne qui serait visée par les dispositions prévues au paragraphe 27(1) peut faire l'objet d'une enquête par un arbitre en application de l'article 32 qui dispose:

32. . . .

(2) S'il conclut que l'intéressé est un résident permanent se trouvant dans l'une des situations visées au paragraphe 27(1), l'arbitre, sous réserve des paragraphes 44(1) et 46(3), prend une mesure d'expulsion contre lui. [Non souligné dans l'original.]

Le 27 juin 1994, un arbitre a conclu que l'intimé était une telle personne et a ordonné son expulsion comme il était tenu de le faire.

4 Si je comprends bien, l'intimé ne conteste pas qu'il est un résident permanent mais n'est pas un citoyen, qu'il a commis les infractions à l'égard desquelles l'arbitre a mené une enquête et qu'il a été reconnu à juste titre comme une personne se trouvant dans la situation visée à l'alinéa 27(1)d) à l'égard de laquelle, conformément au paragraphe 32(2), l'arbitre était tenu de prendre une mesure d'expulsion.

5 L'intimé a interjeté appel de cette décision devant la section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en application du paragraphe 70(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1995, ch. 15, art. 13] qui est ainsi libellé:

70. (1) Sous réserve des paragraphes (4) et (5), les résidents permanents et les titulaires de permis de retour en cours de validité et conformes aux règlements peuvent faire appel devant la section d'appel d'une mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel en invoquant les moyens suivants:

a) question de droit, de fait ou mixte;

b) le fait que, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, ils ne devraient pas être renvoyés du Canada.

Avant que son appel ne puisse être entendu, l'intimé a été avisé par voie de lettre en date du 2 octobre 1995 envoyée par le ministère de la Citoyenneté et



be considering whether to issue an opinion under subsection 70(5) that the respondent was a danger to the public in Canada. Subsection 70(5) provides as follows.

70. . . .

(5) No appeal may be made to the Appeal Division by a person described in subsection (1) or paragraph (2)(a) or (b) against whom a deportation order or conditional deportation order is made where the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada and the person has been determined by an adjudicator to be

(a) a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(c), (c.1), (c.2) or (d);

(b) a person described in paragraph 27(1)(a.1); or

(c) a person described in paragraph 27(1)(d) who has been convicted of an offence under any Act of Parliament for which a term of imprisonment of ten years or more may be imposed.<sup>3</sup>

The letter listed the following documents which would be provided to the Minister for consideration and which were attached to the letter.

- Immigrant Visa and Record of Landing
- Report under Section 27 of the Immigration Act
- Narrative Report Pursuant to Act 27(1)
- Deportation Order
- Police Summary of Information
- Warrant of Committal upon Conviction
- Sentencing reports
- Documents received from solicitor to Appeals officer

The letter went on to say that the effect of such an opinion being issued would be to remove the respondent's right of appeal under subsection 70(1). The letter invited the respondent to make any repre-

de l'Immigration que le ministre examinerait l'opportunité d'exprimer un avis de danger pour le public au Canada fondé sur le paragraphe 70(5). Cette disposition est ainsi libellée:

70. . . .

(5) Ne peuvent faire appel devant la section d'appel les personnes, visées au paragraphe (1) ou aux alinéas (2)a) ou b), qui, selon la décision d'un arbitre:

a) appartiennent à l'une des catégories non admissibles visées aux alinéas 19(1)c), c.1), c.2) ou d) et, selon le ministre, constituent un danger pour le public au Canada;

b) relèvent du cas visé à l'alinéa 27(1)a.1) et, selon le ministre, constituent un danger pour le public au Canada;

c) relèvent, pour toute infraction punissable aux termes d'une loi fédérale d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans, du cas visé à l'alinéa 27(1)d) et, selon le ministre, constituent un danger pour le public au Canada<sup>3</sup>.

La lettre précisait que les documents suivants, qui étaient joints en annexe, seraient soumis au ministre pour examen:

- Le visa d'immigrant et la fiche relative au droit d'établissement
- Le rapport prévu à l'article 27 de la Loi sur l'immigration
- Le rapport circonstancié prévu au paragraphe 27(1)
- La mesure d'expulsion
- Les renseignements récapitulatifs de la police
- Le mandat de dépôt sur déclaration de culpabilité
- Les procès-verbaux de sentence
- Les documents soumis à l'agent des appels par l'avocate

La lettre mentionnait en outre que la formulation d'un tel avis aurait pour effet de retirer à l'intimé le droit d'appel prévu au paragraphe 70(1). La lettre invitait l'intimé à présenter des observations sur les

sentations regarding the question of whether he was a danger to the public and whether there would be sufficient humanitarian and compassionate factors to outweigh any danger he might present. In reply the respondent's solicitor sent an eleven-page letter of submission on both topics. Among other things she referred the Minister to a psychological report which the Minister already had, a copy of which had been provided again by the Department to the respondent. This report expressed a fairly positive opinion on Mr. Williams' "progress" since incarceration. Subsequently an immigration officer considered all this material and submitted it to the delegate of the Minister with a report recommending that the opinion be certified that the respondent Williams constituted a danger to the public in Canada. On November 10, 1995 the delegate of the Minister signed such an opinion, thus precluding the continuation of the appeal before the Appeal Division. Williams obtained leave to commence a judicial review of the Minister's opinion which was subsequently quashed by the decision of the Trial Division under appeal.

6 As noted above the learned Motions Judge found that there had been a denial of fundamental justice, natural justice and fairness because the Minister did not give any reasons for her opinion. She based her conclusion on the following propositions: the consequences for the individual from such an opinion are "substantial"; the decision-making process gives no assurance that the ultimate decision maker considers the applicant's submissions directly; it is not clear what reasoning led to the applicant being found to be a present or future danger to the public; and as there were no reasons given, a reviewing court on judicial review cannot determine whether the Minister is applying "consistent and lawful criteria". She then proceeded to certify the following questions [at pages 460-461]:

1. Does subsection 70(5) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 engage interests affecting liberty and/or security of the person pursuant to section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*,

questions de savoir s'il constituait un danger pour le public et s'il existait des raisons d'ordre humanitaire suffisantes pour primer le danger qu'il pourrait constituer. En guise de réponse, l'avocate de l'intimé a fait parvenir au ministre une lettre de onze pages renfermant des observations sur ces deux points. Entre autres choses, l'avocate a renvoyé le ministre à un rapport psychologique que le ministre avait déjà et dont le Ministère avait fourni un nouvel exemplaire à l'intimé. Ce rapport exprimait une opinion passablement favorable quant aux [TRADUCTION] «progrès» faits par M. Williams depuis son incarcération. Par la suite, un agent d'immigration a examiné tous ces documents et les a remis au délégué du ministre avec un rapport recommandant d'exprimer l'avis que l'intimé constituait un danger pour le public au Canada. Le 10 novembre 1995, le délégué du ministre a signé cet avis, ce qui a empêché la poursuite de l'appel devant la section d'appel. M. Williams a obtenu l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de l'avis du ministre, lequel a par la suite été annulé par la décision de la Section de première instance portée en appel.

6 Comme il est mentionné plus haut, le juge des requêtes a conclu qu'il y a eu un déni de justice fondamentale, de justice naturelle et d'équité parce que le ministre n'a pas motivé son avis. Le juge des requêtes a fondé sa conclusion sur les affirmations suivantes: les conséquences pour l'intéressé d'un tel avis sont «considérables»; le processus décisionnel ne donne aucune assurance que le décideur ultime considère directement les observations du requérant; on ne sait pas très bien quel raisonnement a motivé la conclusion que le requérant constitue un danger présent ou futur pour le public; et comme l'avis n'était pas motivé, une cour siégeant en révision ne peut, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, déterminer si le ministre applique des «critères pertinents et légitimes». Le juge des requêtes a ensuite certifié les questions suivantes [aux pages 460 et 461]:

1. Le paragraphe 70(5) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, fait-il intervenir les droits à la liberté et/ou à la sécurité de la personne conformément 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,

1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]?

2. If yes, is subsection 70(5) inconsistent with the requirements of fundamental justice and of no force or effect as it is unconstitutionally vague and/or does not provide for the rendering of reasons for a determination that a person constitutes a danger to the public in Canada?

3. Is the exercise of discretion by the Minister of Citizenship and Immigration to issue an opinion that a person constitutes a danger to the public in Canada pursuant to subsection 70(5), in the context of the procedure being used for that determination, inconsistent with the requirements of fundamental justice and section 7 of the Charter where no reasons are provided for the opinion?

4. Does the failure to provide reasons for a determination under subsection 70(5) that a person constitutes a danger to the public in Canada, in the context of the procedure being used, breach the requirements of natural justice or procedural fairness?

As the first three questions all involve the constitutional validity or applicability of subsection 70(5) of the *Immigration Act*, a notice of constitutional question was served by the respondent on the attorneys general.

*Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]?

2. Dans l'affirmative, le paragraphe 70(5) est-il incompatible avec les exigences de la justice fondamentale et inopérant du fait qu'il est d'une imprécision inconstitutionnelle et/ou ne prévoit pas l'obligation de motiver une décision selon laquelle une personne constitue un danger pour le public au Canada?

3. L'exercice par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du pouvoir discrétionnaire d'exprimer l'opinion qu'une personne constitue un danger pour le public au Canada conformément au paragraphe 70(5), dans le contexte de la procédure utilisée pour cette décision, est-il incompatible avec les exigences de la justice fondamentale et l'article 7 de la Charte là où il ne motive pas son opinion?

4. L'omission de motiver une décision rendue en vertu du paragraphe 70(5) selon laquelle une personne constitue un danger pour le public au Canada, dans le contexte de la procédure utilisée pour cette décision, va-t-elle à l'encontre des exigences de la justice naturelle et de l'équité en matière de procédure?

Comme les trois premières questions portent toutes sur la constitutionnalité ou l'applicabilité du paragraphe 70(5) de la *Loi sur l'immigration*, l'intimé a signifié un avis de question constitutionnelle aux procureurs généraux.

7 The issues involved are quite important. The question of whether the Minister is required to give reasons for her opinion issued pursuant to subsection 70(5) has been the subject of conflicting decisions in the Trial Division, some judges holding that reasons are required<sup>4</sup> and others holding that they are not.<sup>5</sup>

#### Analysis

8 Before attempting to answer the certified questions, it would be useful to begin with some consideration of the effect of the Minister's opinion under subsection 70(5) and the role of the Court in reviewing that opinion.

#### Effect of the Minister's Opinion

9 The Motions Judge describes the consequences of the Minister's opinion as follows [at page 448]:

7 Les questions en litige sont très importantes. La Section de première instance a rendu des décisions contradictoires sur la question de savoir si le ministre est tenu de motiver l'avis qu'il exprime en application du paragraphe 70(5). Certains juges ont statué que des motifs doivent être fournis<sup>4</sup> tandis que d'autres ont affirmé le contraire<sup>5</sup>.

#### Analyse

8 Avant de tenter de répondre aux questions certifiées, il serait utile de commencer par examiner l'effet de l'avis du ministre fondé sur le paragraphe 70(5) et le rôle de la Cour dans le cadre du contrôle de cet avis.

#### Effet de l'avis du ministre

9 Le juge des requêtes décrit en ces termes les conséquences de l'avis du ministre [à la page 448]:

The individual will be uprooted from family and returned to a country where he has not lived for over 20 years, and from which he came when only 9 years old.

In other words, she treats the Minister's opinion as a deportation order. With respect it seems to me that such a characterization of the effects of that opinion greatly exaggerates its importance and thus distorts any analysis of the requirements of fundamental justice in the circumstances.

10 Why does Williams face deportation to Jamaica? Primarily it is because it is the public policy of Canada, as expressed by our elected members of Parliament, that non-citizens who commit crimes of a certain seriousness shall be deported. As the Supreme Court has stated in *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>6</sup> an analogous case:

However there is one element common to all persons who fall within the class of permanent residents described in s. 27(1)(d)(ii). They have all deliberately violated an essential condition under which they were permitted to remain in Canada. In such a situation, there is no breach of fundamental justice in giving practical effect to the termination of their right to remain in Canada. In the case of a permanent resident, deportation is the only way in which to accomplish this. There is nothing inherently unjust about a mandatory order. The fact of a deliberate violation of the condition imposed by s. 27(1)(d)(ii) is sufficient to justify a deportation order. It is not necessary, in order to comply with fundamental justice, to look beyond this fact to other aggravating or mitigating circumstances.

It is not disputed that Williams is such a person. Had he not appealed the deportation order issued by the adjudicator, he would have been subject to immediate deportation. As was said in *Chiarelli*<sup>7</sup> there was no constitutional obligation on Parliament to provide any kind of an appeal or discretionary relief. It follows that any right of appeal conferred by Parliament can be qualified or abolished. In fact an appeal has been generally available on the terms set out in subsection 70(1). It will be noted from the quotation above of that subsection that the grounds of appeal include, in paragraph 70(1)(a), any question of law or fact or mixed law and fact and, in paragraph 70(1)(b), a discretionary ground whereby

Le requérant sera retiré de sa famille et renvoyé dans un pays où il n'a pas vécu depuis 20 ans, et qu'il a quitté âgé seulement de 9 ans.

En d'autres termes, le juge des requêtes traite cet avis comme une mesure d'expulsion. En toute confraternité, il me semble que cette qualification des effets de l'avis attribue une importance excessive à l'avis et fausse donc l'analyse des exigences de la justice fondamentale dans les circonstances.

Pourquoi M. Williams doit-il être renvoyé en 10 Jamaïque? C'est avant tout parce que la politique gouvernementale du Canada, telle qu'elle est exprimée par les membres élus du Parlement, veut que les non-citoyens qui commettent des crimes d'une certaine gravité soient expulsés. Comme la Cour suprême l'a déclaré dans l'arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>6</sup>, qui est une affaire analogue:

Toutes les personnes qui entrent dans la catégorie des résidents permanents mentionnés au sous-al. 27(1)d)(ii) ont cependant un point commun: elles ont manqué volontairement à une condition essentielle devant être respectée pour qu'il leur soit permis de demeurer au Canada. En pareil cas, mettre effectivement fin à leur droit d'y demeurer ne va nullement à l'encontre de la justice fondamentale. Dans le cas du résident permanent, seule l'expulsion permet d'atteindre ce résultat. Une ordonnance impérative n'a rien d'intrinsèquement injuste. La violation délibérée de la condition prescrite par le sous-al. 27(1)d)(ii) suffit pour justifier une ordonnance d'expulsion. Point n'est besoin, pour se conformer aux exigences de la justice fondamentale, de chercher, au-delà de ce seul fait, des circonstances aggravantes ou atténuantes.

Il n'est pas contesté que M. Williams est une telle personne. S'il n'avait pas interjeté appel de la mesure d'expulsion prise par l'arbitre, il aurait été expulsé sur-le-champ. Comme la Cour suprême l'a déclaré dans l'arrêt *Chiarelli*<sup>7</sup>, le législateur n'était pas constitutionnellement tenu de prévoir un appel ou un redressement discrétionnaire quelconque. Il s'ensuit que tout droit d'appel accordé par le législateur peut être restreint ou retiré. Dans les faits, un appel peut généralement être interjeté aux conditions énoncées au paragraphe 70(1). Il convient de noter dans l'extrait précité de cette disposition que les moyens d'appel prévus sont, à l'alinéa 70(1)a), une question de fait ou de droit ou une question mixte de

the Board may determine that:

70. . . .

(b) . . . having regard to all the circumstances of the case, the person should not be removed from Canada.

Appeals by permanent residents on these grounds were generally permitted until the amendment adopted in 1995<sup>8</sup> which added subsection 70(5) previously quoted. It is common ground that this subsection requires that the Minister both be satisfied under paragraph 70(5)(c) that a person has been convicted of a particularly serious offence, not just any offence referred to in paragraph 27(1)(d), and that she form the opinion that such person constitutes a danger to the public in Canada. There was no dispute that the Minister properly found Williams to be a person described in paragraph 70(5)(c).

11 The new subsection 70(5) was adopted after Williams had filed his appeal with the Appeal Division but before his appeal had been heard. The effect of the Minister's opinion was to prevent the appeal being heard. However, a transitional provision in the 1995 legislation provides that where the Minister gives notice of an opinion of dangerousness of a person before his appeal is heard, the appeal cannot proceed but such person has a right to file an application for a judicial review of the deportation order within fifteen days of being so notified.<sup>9</sup> Although entitled to do so the respondent did not file such an application in this case.

12 What then did the respondent lose through the Minister forming the opinion that he is a danger to the public in Canada? He lost the right to pursue an appeal under paragraph 70(1)(a) on any question of law or fact or mixed question of law and fact. In place of this he was given the right to seek a judicial review which would be fully as effective in respect of any questions of law but might not provide as complete a review of findings of fact. This he did not do nor is it suggested that the respondent

droit et de fait et, à l'alinéa 70(1)b), un moyen discrétionnaire par lequel la Commission peut décider que:

70. . . .

b) . . . eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, ils ne devraient pas être renvoyés du Canada.

Les résidents permanents ont généralement été autorisés à interjeter appel en invoquant ces moyens jusqu'à l'adoption en 1995<sup>8</sup> de la modification qui a ajouté le paragraphe 70(5) cité plus haut. Il est acquis que ce paragraphe exige que le ministre soit à la fois convaincu en vertu de l'alinéa 70(5)c) qu'une personne a été reconnue coupable d'un crime particulièrement grave, pas juste d'une infraction visée à l'alinéa 27(1)d), et d'avis que cette personne constitue un danger pour le public au Canada. Il n'est pas contesté que le ministre a conclu à bon droit que M. Williams est une personne qui relève du cas visé à l'alinéa 70(5)c).

Le nouveau paragraphe 70(5) a été adopté après que M. Williams a déposé son appel auprès de la section d'appel de l'immigration, mais avant que son appel ne soit entendu. L'avis du ministre a eu pour effet d'empêcher l'audition de l'appel. Toutefois, une disposition transitoire de la loi de 1995 prévoit que lorsque le ministre exprime, à l'égard d'une personne, un avis de danger pour le public avant que l'audition de l'appel interjeté par cette personne ne soit commencé, l'appel ne peut pas se poursuivre, mais cette personne a le droit de présenter une demande de contrôle judiciaire de la mesure d'expulsion dans les quinze jours de la réception d'un avis<sup>9</sup>. L'intimé avait le droit de présenter pareille demande en l'espèce, mais il n'en a rien fait.

Qu'a donc perdu l'intimé du fait de la formulation par le ministre de l'avis selon lequel l'intimé constitue un danger pour le public au Canada? Il a perdu le droit d'interjeter appel en vertu de l'alinéa 70(1)a) sur une question de droit ou de fait, ou sur une question mixte de droit et de fait. À la place, il a obtenu le droit de demander un contrôle judiciaire, recours qui serait au moins aussi efficace à l'égard d'une question de droit, mais qui ne permettrait peut-être pas un examen aussi complet des conclu-

really has an unrequited desire to argue that the adjudicator erred in fact or law with respect to issuing the deportation order. In any event, the substitution of judicial review for a right of appeal, by virtue of the Minister forming his opinion, does not strike me as a serious effect on his rights.

13 What Williams mainly complains of, as far as I can ascertain, is that as a result of the Minister's action he has lost the opportunity to have the Appeal Division consider under paragraph 70(1)(b) whether "having regard to all the circumstances" he should not be removed from Canada. Counsel was unable to suggest to us any consideration that the Board could make under paragraph (b) which would not equally be available through the exercise of the Minister's discretion under subsection 114(2) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102] to relieve Williams of deportation on humanitarian and compassionate grounds. Such a review is always available before deportation and in fact the process employed here specifically requested Williams to make any submissions relevant to humanitarian and compassionate grounds to the Minister at the same time as making submissions on whether he represented a danger to the public in Canada. This his counsel did at some length.

14 Williams' counsel also complains that, once the right of appeal was terminated, he lost the statutory stay of deportation to which he was previously entitled under paragraph 49(1)(b) [as am. *idem*, s. 41] of the Act. Such stays arise automatically when an appeal is filed with the Appeal Division and can last for several years pending the final disposition of the appeal. In place of this the respondent was put in the position, once the Minister's opinion issued, of having to launch judicial review proceedings against the deportation order and then having to convince a judge that the deportation order should be stayed pending determination of the judicial review. Again it is hard to see this transformation as an invasion of the respondent's fundamental rights, howsoever inconvenient it may be to him and his

sions de fait. L'intimé n'a pas exercé ce droit, et il n'est pas donné à entendre qu'il a vraiment le désir non partagé de soutenir que l'arbitre a commis une erreur de fait ou de droit en prenant la mesure d'expulsion. Quoi qu'il en soit, la substitution d'un contrôle judiciaire à un droit d'appel, du fait de l'avis donné par le ministre, ne me paraît pas constituer une atteinte grave aux droits de l'intimé.

Pour autant que je puisse en juger, M. Williams se plaint surtout de ne plus pouvoir, à cause de l'avis donné par le ministre, demander à la section d'appel de décider, en application de l'alinéa 70(1)b), si, «eu égard aux circonstances», il ne devrait pas être expulsé du Canada. L'avocate de l'intimé a été incapable de nous mentionner un motif que la Commission pourrait invoquer en vertu de l'alinéa b) qui ne pourrait pas l'être également dans le cadre de l'exercice par le ministre du pouvoir discrétionnaire que le paragraphe 114(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102] lui accorde de soustraire M. Williams à une expulsion pour des raisons d'ordre humanitaire. Un tel examen est toujours possible avant une expulsion et, de fait, la procédure employée en l'espèce a fait en sorte qu'on a expressément demandé à M. Williams de joindre aux observations qu'il présenterait au ministre sur la question de savoir s'il constituait un danger pour le public au Canada des observations quant aux raisons d'ordre humanitaire. C'est ce que son avocate a fait de façon assez détaillée.

L'avocate de M. Williams se plaint également que le retrait du droit d'appel a fait perdre à M. Williams le sursis d'exécution d'origine législative de la mesure d'expulsion auquel il avait droit auparavant en application de l'alinéa 49(1)b) [mod., *idem*, art. 41] de la Loi. Ce sursis d'exécution est automatique lorsqu'un appel est déposé auprès de la section d'appel et peut durer jusqu'à l'issue de l'appel, c'est-à-dire plusieurs années. Au lieu de cela, l'intimé s'est trouvé dans la position où, après que le ministre a donné son avis, il devait entamer une procédure en contrôle judiciaire contre la mesure d'expulsion, puis convaincre un juge de surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion jusqu'à l'issue du contrôle judiciaire. Une fois de plus, il est difficile de considérer cette transformation comme un

counsel. In most other systems of appeals, stays are discretionary and not automatic.

empiètement sur les droits fondamentaux de l'intimé, aussi ennuyeux que cela puisse être pour lui et son avocate. Dans la plupart des autres procédures d'appel, les sursis ne sont pas automatiques, mais discrétionnaires.

15 The effect then of the Minister forming and giving notification of her opinion under subsection 70(5) is to substitute a right of judicial review for a right of appeal of the deportation order, a substitution of the exercise by the Minister of her discretion to relieve from lawful deportation for the exercise of a similar discretion of the Appeal Division under paragraph 70(1)(b), and the substitution of a right to seek a judicial stay in lieu of a statutory stay. I therefore find it difficult to characterize the Minister's opinion as the *causa causans* of the respondent's deportation. It is not even possible to say that the Minister's opinion is a *causa sine qua non* because it cannot be assumed that in its absence the Appeal Division would have found some error of fact not discernible through judicial review or would have exercised under paragraph (b) a discretion more favourable to the respondent than that exercised by the Minister in considering humanitarian and compassionate grounds.

L'avis donné par le ministre en application du paragraphe 70(5) a donc pour effet de substituer le droit de demander un contrôle judiciaire au droit d'interjeter appel de la mesure d'expulsion, de substituer l'exercice par le ministre du pouvoir discrétionnaire dont elle est investie de dispenser une personne d'une expulsion légale à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire semblable conféré à la section d'appel par l'alinéa 70(1)b), et de substituer le droit de demander un sursis judiciaire au droit d'obtenir un sursis d'origine législative. Il me paraît donc difficile de considérer l'avis du ministre comme la cause véritable de l'expulsion de l'intimé. Il n'est même pas possible d'affirmer que l'avis du ministre est une cause *sine qua non* parce qu'on ne peut pas présumer qu'en son absence la section d'appel aurait relevé une erreur de fait qu'un contrôle judiciaire n'aurait pas permis de relever ou aurait exercé, en application de l'alinéa b), un pouvoir discrétionnaire plus favorable à l'intimé que celui qu'aurait exercé le ministre dans le cadre de son examen des raisons d'ordre humanitaire.

16 In short, Mr. Williams faces deportation because as a non-citizen he has committed serious crimes in this country. It is not suggested that he had other than fair trials leading up to his convictions; that his deportation order was wrong in law or in fact; or that he lacked the opportunity to express his views on all the material submitted to the Minister (other than the "Ministerial Opinion Report" summarizing that material for the Minister's delegate which was not given to the respondent at the time but which was produced for the purpose of judicial scrutiny in the judicial review).

Bref, M. Williams est menacé d'expulsion parce que, en tant que non-citoyen, il a commis des crimes graves au Canada. Il n'est pas donné à entendre que les procès qui ont abouti aux déclarations de culpabilité prononcées contre M. Williams ont été inévitables, que la mesure d'expulsion prise contre celui-ci était erronée en droit ou quant aux faits, ou qu'on n'a pas donné à M. Williams la possibilité d'exprimer ses opinions sur tous les documents soumis au ministre (mis à part le «Rapport sur l'avis du ministre» résumant le dossier préparé à l'intention du délégué du ministre qui n'a pas été remis à l'intimé à ce moment-là, mais a été produit en vue d'un examen judiciaire dans le cadre du contrôle judiciaire).

#### Reviewability of the Minister's Opinion

#### Le caractère révisable de l'avis du ministre

17 It is striking that subsection 70(5) says that no appeal may be made under subsection 70(1) "where

Il est frappant que le paragraphe 70(5) dispose que ne peut faire appel l'intéressé qui constitue un

the Minister is of the opinion” [underlining added], not “where a judge is of the opinion” that the deportee constitutes a danger. Nor did Parliament put the matter in objective terms whereby a certificate precluding further appeal could only be issued where it is “established” or “determined” that the appellant constitutes a danger to the public in Canada. Instead the power to make such a finding is stated in subjective terms: the test is not whether the permanent resident is a danger to the public but whether “the Minister is of the opinion” [underlining added] that he is such a danger. There is ample authority that, unless the overall scheme of the Act indicates otherwise through e.g. an unlimited right of appeal of such an opinion,<sup>10</sup> such subjective decisions cannot be judicially reviewed except on grounds such as that the decision maker acted in bad faith, or erred in law, or acted upon the basis of irrelevant considerations.<sup>11</sup> Further, when confronted with the record which was, according to undisputed evidence, before the decision maker, and there is no evidence to the contrary, the Court must assume that the decision maker acted in good faith in having regard to that material.<sup>12</sup>

danger «selon le ministre» [soulignement ajouté] et non «selon le jugé». Par ailleurs, le législateur n’a pas formulé la disposition de manière objective, c’est-à-dire en prescrivant qu’une attestation interdisant un autre appel peut uniquement être délivrée s’il est «établi» ou «décidé» que l’appelant constitue un danger pour le public au Canada. Le législateur a plutôt eu recours à une formulation subjective pour énoncer le pouvoir de tirer une telle conclusion: le critère n’est pas celui de savoir si le résident permanent constitue un danger pour le public, mais celui de savoir si, «selon le ministre» [soulignement ajouté], il constitue un tel danger. Il existe une jurisprudence abondante selon laquelle, à moins que toute l’économie de la Loi n’indique le contraire en accordant par exemple un droit d’appel illimité contre un tel avis<sup>10</sup>, ces décisions subjectives ne peuvent pas être examinées par les tribunaux, sauf pour des motifs comme la mauvaise foi du décideur, une erreur de droit ou la prise en considération de facteurs dénués de pertinence<sup>11</sup>. En outre, lorsque la Cour est saisie du dossier qui, selon une preuve non contestée, a été soumis au décideur, et que rien ne permet de conclure le contraire, celle-ci doit présumer que le décideur a agi de bonne foi en tenant compte de ce dossier<sup>12</sup>.

18 In the present case we know what material was submitted to the decision maker. That material included matters both favourable and unfavourable to the respondent, including the submissions of his own counsel and a psychologist’s report in his favour. I am unable to see how any of this material can be said to be irrelevant to the formation of the Minister’s opinion nor has it been suggested that other irrelevant considerations were taken into account on behalf of the Minister in forming the opinion on her behalf. The Court is not being asked to affirm the correctness of the Minister’s opinion but only to determine whether there is any lawful basis for its review.

En l’espèce, nous savons quels documents ont été soumis au décideur. Parmi ceux-ci, il y avait à la fois des documents favorables et des documents défavorables à l’intimé, notamment les observations faites par son avocate et un rapport psychologique qui lui était favorable. Je n’arrive pas à comprendre comment on peut affirmer que l’un de ces documents est sans rapport avec la formulation de l’avis du ministre, et il n’a pas été donné à entendre que d’autres facteurs dénués de pertinence ont été pris en considération au nom du ministre pour exprimer l’avis en son nom. La Cour n’est pas invitée à confirmer le bien-fondé de l’avis du ministre, mais simplement à déterminer si le contrôle de cet avis est justifié en droit.

19 With these considerations in mind I now turn to the four questions certified.

Ces remarques étant faites, j’en viens maintenant aux quatre questions qui ont été certifiées.

#### Question 1

#### Question 1

1. Does subsection 70(5) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 engage interests affecting liberty and/or secu-

1. Le paragraphe 70(5) de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, fait-il intervenir les droits à la liberté et/ou



rity of the person pursuant to 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]]?

à la sécurité de la personne conformément 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]]?

20 Firstly, for the reasons set out above I am not prepared to assume that an opinion given under subsection 70(5) should be seen as the equivalent of a deportation order. At worst it replaces an appeal on law and facts with judicial review, substitutes the Minister's humanitarian discretion for that of the Appeal Division, and substitutes the possibility of a judicial stay of deportation for the certainty of a statutory stay.

20 Premièrement, pour les motifs exposés plus haut, je ne suis pas disposé à présumer qu'un avis donné en vertu du paragraphe 70(5) devrait être assimilé à une mesure d'expulsion. Au pire, l'avis remplace un appel sur le droit et les faits par un contrôle judiciaire, remplace le pouvoir discrétionnaire de la section d'appel par le pouvoir discrétionnaire dont le ministre est investi d'accorder une dispense pour des raisons d'ordre humanitaire et remplace la certitude d'un sursis d'exécution d'origine législative par l'éventualité d'un sursis d'exécution judiciaire.

21 Secondly, even accepting the Motions Judge's premise that it is the Minister's opinion which causes the removal of Williams, I am not persuaded that this engages a "liberty" or "security of the person" interest under section 7 of the Charter.

21 Deuxièmement, même en acceptant la prémisse du juge des requêtes selon laquelle c'est l'avis du ministre qui est la cause de l'expulsion de M. Williams, je ne suis pas convaincu que cela fait intervenir un droit à la «liberté» ou à la «sécurité de la personne» prévu à l'article 7 de la Charte.

22 It is necessary to distinguish this case from those such as *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*<sup>13</sup> in which three of the six judges held section 7 to be engaged in the disposition of a refugee claim. Fundamental to that opinion was the consideration that refugee claimants potentially face removal to countries where, they allege, they would be in danger of death or imprisonment. In the present case, there is no suggestion that Williams cannot return safely to Jamaica even though he would prefer not to. He has none of the "rights" under the Refugee Convention [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6], as implemented by the *Immigration Act*, on which three of the judges of the Supreme Court based their conclusion that section 7 interests were affected and three others based their conclusion that paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* was engaged.

22 Il est nécessaire d'établir une distinction entre la présente espèce et des affaires comme l'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*<sup>13</sup> dans lequel trois des six juges ont statué que l'article 7 entrerait en jeu dans le règlement d'une revendication du statut de réfugié. Le fait qu'un revendicateur du statut de réfugié risque d'être renvoyé dans un pays dans lequel il serait, selon lui, menacé de mort ou d'emprisonnement a été fondamental pour parvenir à cette conclusion. En l'espèce, M. Williams n'a pas laissé entendre qu'il ne peut pas retourner en Jamaïque en toute sécurité, même s'il préférerait ne pas y retourner. Il n'a aucun des «droits» reconnus par la Convention sur les réfugiés [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6], telle qu'elle est mise en œuvre par la *Loi sur l'immigration*, que trois des juges de la Cour suprême ont invoqués pour conclure que les droits garantis par l'article 7 avaient été violés, et que trois autres juges ont invoqués pour conclure que l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* entrerait en jeu.

- 23 The jurisprudence of this Court on this subject has not been entirely consistent. There is one line of authority<sup>14</sup> in which it has been clearly held that deportation is not a deprivation of liberty and therefore section 7 is not engaged. There have been some views to the contrary. When *Chiarelli* was before this Court<sup>15</sup> the judges all found there to be a potential deprivation of liberty in the deportation of a permanent resident, although the Supreme Court<sup>16</sup> in reversing the decision on other grounds found it unnecessary to address this issue. In *Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*<sup>17</sup> Marceau J.A. at one point stated that a declaration that a person is ineligible to make a refugee claim does not in itself affect life, liberty or security of the person. He later says that when this declaration is combined with the requirement that non-citizens who commit serious crimes be deported, the overall scheme concerns the “deprivation of liberty”. It is not clear to what extent this observation depends on the person in question being a refugee claimant who would, by definition, be able to assert a potential danger to himself in returning home.<sup>18</sup> It also appears that such findings were unnecessary as the Court found there to be no breach of fundamental justice.
- La jurisprudence de cette Cour sur ce point manque de cohérence. Dans une série de décisions<sup>14</sup>, il a été clairement statué qu’une expulsion n’entraîne pas une perte de liberté et, partant, que l’article 7 n’entre pas en jeu. Des opinions contraires ont été exprimées. Lorsque cette Cour a été saisie de l’affaire *Chiarelli*<sup>15</sup>, les juges sont tous arrivés à la conclusion que l’expulsion d’un résident permanent pouvait entraîner une perte de liberté, mais la Cour suprême<sup>16</sup>, qui a infirmé cette décision pour d’autres motifs, n’a pas jugé nécessaire de traiter cette question. Dans l’arrêt *Nguyen c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*<sup>17</sup>, le juge Marceau, J.C.A., a déclaré à un moment donné qu’une déclaration d’irrecevabilité de la revendication d’un requérant ne porte pas en elle-même atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Il a ensuite affirmé que lorsque cette déclaration est combinée à l’exigence voulant que les non-citoyens qui commettent des crimes graves soient expulsés, c’est tout le cadre législatif qui se rapporte à la «perte de liberté». On ne sait pas très bien dans quelle mesure cette observation tient au fait que l’intéressé était un demandeur du statut de réfugié qui pouvait, par définition, affirmer que sa vie serait en danger s’il retournait dans son pays<sup>18</sup>. De plus, il semble que ces conclusions étaient inutiles puisque la Cour a conclu qu’il n’y a pas eu d’entorse à la justice fondamentale.
- 24 Without purporting to decide the question in respect to refugees, I have difficulty understanding how the refusal of a discretionary exemption from a lawful deportation order, as applied to a non-refugee who has no legal right to be in the country, must be seen as involving a deprivation of liberty. Unless “liberty” is taken to include the freedom to be anywhere one wishes, regardless of the law, how can it be “deprived” by the lawful execution of a removal order?
- Sans prétendre trancher la question à l’égard des réfugiés, j’ai du mal à comprendre comment on peut considérer que le refus d’accorder une dispense discrétionnaire de l’exécution d’une mesure d’expulsion légale prise contre un non-réfugié auquel la loi ne reconnaît pas le droit d’être au Canada entraîne une perte de liberté. À moins de considérer que la «liberté» comprend la liberté d’être partout où l’on veut, sans égard à la loi, comment l’exécution légale d’une mesure d’expulsion peut-elle faire perdre cette liberté?
- 25 Counsel for the respondent has invoked pronouncements of the Supreme Court in cases having little to do with immigration in order to assert a broader interpretation for “liberty” and “security of the person”. He cited *Wilson J. in R. v. Morgentaler*<sup>19</sup> to the effect that liberty interests
- L’avocat de l’intimé a invoqué des arrêts de la Cour suprême qui n’ont pas grand-chose à voir avec l’immigration pour revendiquer une interprétation plus large de la «liberté» et de la «sécurité de la personne». Il a cité des remarques faites par le juge Wilson dans l’arrêt *R. c. Morgentaler*<sup>19</sup>, à savoir que

include a general guarantee of “personal autonomy over important decisions intimately affecting . . . private lives”. Suffice it to say that the four judges who concurred in the result declined to consider the application of “liberty” in this context and based their decision on “security of the person”. It was clear that their conclusion that section 7 was engaged was directly related to the very intrusive character of abortion availability and the fact that criminal sanctions were potentially involved. Two judges found no violation of section 7. Counsel cited to us another invocation of “personal autonomy” as an aspect of “liberty”, in the case of *B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*<sup>20</sup> in which four judges of the Supreme Court considered that the protection of “liberty” in section 7 gave parents the right to refuse medical treatment for their children. It may be noted that four other judges declined to give “liberty” that scope and one judge considered it unnecessary to decide the matter as he found no violation of section 7 requirements of fundamental justice.

le droit à la liberté comprend une garantie générale «d’autonomie personnelle sur les décisions importantes touchant intimement à [la] vie privée [d’un individu]». Je me contenterai de dire que quatre juges qui ont accepté le résultat ont refusé d’examiner l’application de la «liberté» dans ce contexte et ont fondé leur décision sur la «sécurité de la personne». De toute évidence, leur conclusion selon laquelle l’article 7 entrainé en jeu se rapportait directement au caractère très importun du recours à l’avortement et au fait que des sanctions pénales pouvaient être imposées. Deux juges ont conclu que l’article 7 n’avait pas été violé. L’avocat nous a renvoyés à un autre arrêt dans lequel l’«autonomie personnelle» est considérée comme un aspect de la «liberté», soit *B. (R.) c. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*<sup>20</sup>. Dans cet arrêt, quatre juges de la Cour suprême ont considéré que la «liberté» garantie par l’article 7 donne aux parents le droit de refuser un traitement médical pour leurs enfants. Il convient de faire remarquer que quatre autres juges ont refusé de donner à la «liberté» cette portée et qu’un juge n’a pas estimé nécessaire de trancher la question puisqu’il a conclu que les exigences de justice fondamentale prévues à l’article 7 n’avaient pas été violées.

26 On the basis of the jurisprudence to date, then, I am unable to conclude that “liberty” includes the right of personal choice for permanent residents to stay in this country where, as the Supreme Court said in *Chiarelli*:<sup>21</sup>

They have all deliberately violated an essential condition under which they were permitted to remain in Canada.

Accordingly I would answer question 1 in the negative.

#### Question 2

2. If yes, is subsection 70(5) inconsistent with the requirements of fundamental justice and of no force or effect as it is unconstitutionally vague and/or does not provide for the rendering of reasons for a determination that a person constitutes a danger to the public in Canada?

26 Eu égard aux décisions rendues jusqu’à ce jour, donc, je suis incapable de conclure que la «liberté» comprend le droit pour les résidents permanents de faire le choix personnel de demeurer au Canada lorsque, comme la Cour suprême l’a déclaré dans l’arrêt *Chiarelli*<sup>21</sup>:

. . . [ils] ont manqué volontairement à une condition essentielle devant être respectée pour qu’il leur soit permis de demeurer au Canada.

Par conséquent, je répondrais à la question 1 par la négative.

#### Question 2

2. Dans l’affirmative, le paragraphe 70(5) est-il incompatible avec les exigences de la justice fondamentale et inopérant du fait qu’il est d’une imprécision inconstitutionnelle et/ou ne prévoit pas l’obligation de motiver une décision selon laquelle une personne constitue un danger pour le public au Canada?

- 27 As my answer to question 1 is in the negative I need not, strictly speaking, answer questions 2 and 3. However, in case I should be incorrect with respect to my conclusion that section 7 is not engaged, I will answer these questions. As the words “of no force or effect” adopt the language of section 52 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] I understand this to be primarily a question of whether subsection 70(5) is valid.
- 28 While it is clear that undue vagueness could violate the requirements of fundamental justice, I agree with the learned Motions Judge that subsection 70(5) does not display such vagueness.
- 29 It has been said by the Supreme Court in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*<sup>22</sup> that a law is unconstitutionally vague “if it so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate”. In the context of judicial review of a ministerial decision as to whether she “is of the opinion that a person constitutes a danger to the public in Canada” the question must be: does this phraseology give sufficient direction to the Minister so that both she and the Court can determine whether she is exercising the power for the purposes intended by Parliament? In my view the formulation in subsection 70(5) is sufficiently clear for that purpose. In the context the meaning of “public danger” is not a mystery: it must refer to the possibility that a person who has committed a serious crime in the past may seriously be thought to be a potential re-offender. It need not be proven—indeed it cannot be proven—that the person will reoffend. What I believe the subsection adequately focusses the Minister’s mind on is consideration of whether, given what she knows about the individual and what that individual has had to say in his own behalf, she can form an opinion in good faith that he is a possible re-offender whose presence in Canada creates an unacceptable risk to the public. I lay some stress on the word “unacceptable” because, with the impossibility of proof of future conduct, there is always a risk and the extent to which society should
- Comme j’ai répondu à la question 1 par la négative, je n’ai pas besoin, à strictement parler, de répondre aux questions 2 et 3. Toutefois, au cas où j’aurais conclu à tort que l’article 7 n’entre pas en jeu, je répondrai à ces questions. Comme le mot «inopérantes» est également employé à l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.)* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], je crois comprendre qu’il s’agit principalement de savoir si le paragraphe 70(5) est valide.
- Il est certain qu’une imprécision excessive peut porter atteinte aux exigences de justice fondamentale, mais je conviens avec le juge des requêtes que le paragraphe 70(5) n’atteint pas une telle imprécision.
- La Cour suprême a déclaré dans l’arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*<sup>22</sup> qu’une loi est d’une imprécision inconstitutionnelle «si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire». Dans le contexte du contrôle judiciaire d’une décision du ministre sur la question de savoir si, «selon le ministre, [une personne] constitu[e] un danger pour le public au Canada», la question qu’il faut se poser est la suivante: cette phraséologie donne-t-elle des instructions suffisantes au ministre, afin que le ministre et la Cour puissent déterminer si le ministre exerce ce pouvoir comme le législateur l’entendait? À mon avis, le libellé du paragraphe 70(5) est suffisamment clair à cet égard. Dans ce contexte, le sens de l’expression «danger pour le public» n’est pas un mystère: cette expression doit se rapporter à la possibilité qu’une personne ayant commis un crime grave dans le passé puisse sérieusement être considérée comme un récidiviste potentiel. Point n’est besoin de prouver—à vrai dire, on ne peut pas prouver—que cette personne récidivera. Selon moi, cette disposition oriente convenablement la pensée du ministre vers la question de savoir si, compte tenu de ce que le ministre sait de l’intéressé et des observations que l’intéressé a faites en son propre nom, le ministre peut sincèrement croire que l’intéressé est un récidiviste potentiel dont la présence au Canada crée un risque inacceptable pour le public. J’insiste sur le

be prepared to accept that risk can involve political considerations not inappropriate for a minister. She may well conclude, for example, that people convicted of narcotics offences have a greater likelihood of recidivism and that trafficking represents a particular menace to Canadian society. I agree with Gibson J. in the *Thompson* case<sup>23</sup> that “danger” must be taken to refer to a “present or future danger to the public”. But I am reluctant to assert that some particular kind of material must be available to the Minister to draw a conclusion of present or future danger. I find it hard to understand why it is not open to a minister to forecast future misconduct on the basis of past misconduct, particularly having regard to the circumstances of the offences and, as in this case, comments made by one of the sentencing judges. A reviewing court may disagree with the Minister’s forecast, or consider that more weight should have been given to certain material, but that does not mean that the statutory criterion is impermissibly vague just because it allows the Minister to reach a conclusion different from that of the Court.

mot «inacceptable» parce que, vu l’impossibilité de prouver une conduite future, il y a toujours un risque, et la mesure dans laquelle la société devrait être prête à accepter ce risque peut faire intervenir des considérations politiques qui ne sont pas inappropriées de la part d’un ministre. Celui-ci peut bien conclure, par exemple, que les personnes reconnues coupables d’infractions reliées aux stupéfiants sont plus susceptibles de récidiver et que le trafic des stupéfiants constitue une menace particulière pour la société canadienne. Je conviens avec le juge Gibson dans l’affaire *Thompson*<sup>23</sup> que le «danger» doit être interprété comme un «danger présent ou futur pour le public». J’hésite toutefois à affirmer que le ministre doit avoir en main un type particulier de document pour tirer une conclusion de danger présent ou futur. J’ai du mal à comprendre pourquoi il n’est pas loisible à un ministre de prévoir une inconduite future à partir d’une inconduite passée, particulièrement eu égard aux circonstances des infractions et, comme en l’espèce, aux commentaires faits par l’un des juges qui ont prononcé les peines. Il se peut qu’une cour de contrôle ne soit pas du même avis que le ministre, ou considère qu’on aurait dû donner plus de poids à certains documents, mais cela ne veut pas dire que le critère législatif est d’une imprécision inadmissible simplement parce qu’il permet au ministre de parvenir à une conclusion différente de celle de la Cour.

30 I am therefore satisfied that the expression “danger to the public in Canada” sufficiently directs the Minister to the question which he or she needs to consider, and adequately permits a reviewing court to determine whether he or she has had regard to relevant considerations.

Je suis donc convaincu que l’expression «danger pour le public au Canada» attire suffisamment l’attention du ministre sur la question qu’il doit examiner et permet adéquatement à une cour de contrôle de déterminer si le ministre a pris en considération des facteurs pertinents. 30

31 I believe that Gonthier J. writing for the Supreme Court in *Nova Scotia Pharmaceutical Society*<sup>24</sup> issued a salutary warning to the courts in this respect:

J’estime que le juge Gonthier, qui a rédigé les motifs de la Cour suprême dans l’arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*<sup>24</sup>, a donné un avertissement salutaire aux tribunaux à cet égard: 31

One must be wary of using the doctrine of vagueness to prevent or impede State action in furtherance of valid social objectives, by requiring the law to achieve a degree of precision to which the subject-matter does not lend itself. A delicate balance must be maintained between societal interests and individual rights. A measure of generality also sometimes allows for greater respect for

Il faut hésiter à recourir à la théorie de l’imprécision pour empêcher ou gêner l’action de l’État qui tend à la réalisation d’objectifs sociaux légitimes, en exigeant que la loi atteigne un degré de précision qui ne convient pas à son objet. Il y a lieu d’assurer un délicat dosage des intérêts de la société et des droits de la personne. Une certaine généralité peut parfois favoriser davantage le respect des

fundamental rights, since circumstances that would not justify the invalidation of a more precise enactment may be accommodated through the application of a more general one.

It is particularly notable that in that case the Court rejected the argument that the indictable offence of conspiring "to prevent or lessen, unduly, competition" was unconstitutionally vague.

32 One must be particularly careful in a case such as the present of treating the Minister's decision as a kind of *lettre de cachet*, an arbitrary order issued by a despotic official ordering the random imprisonment or exile of otherwise innocent citizens. Again it is important to remember the conditions for the issue of such an opinion: the commission of offences by a non-citizen, an order for his deportation issued in accordance with the laws of Parliament and due process, the requirement that his offences be of a particularly serious nature carrying possible sentences of ten years or more, and then the confirming of the Minister's opinion only after the requirements of fairness are met through enabling the party affected to make submissions.

33 Counsel for the respondent referred us to some inapposite jurisprudence on the subject of vagueness, in particular the *Morales* case<sup>25</sup> in which the Supreme Court of Canada considered the validity of conditions in section 515 of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] concerning refusal of bail. In that case the Court found that a limitation tied to the "public interest" was too vague, although the issue was dealt with in relation to paragraph 11(e) of the Charter and not section 7. It must be observed that this case involved the validity of detention of people prior to trial, a matter of more compelling concern. Further it is important to note that the Court upheld a provision permitting detention where it is necessary

515 (10) . . .

(b) . . . for the protection or safety of the public, having regard to all the circumstances including any

droits fondamentaux car un texte précis pourrait ne pas être invalidé dans certaines circonstances, alors qu'un texte plus général pourrait adéquatement régir ces mêmes circonstances.

Il convient particulièrement de faire remarquer que dans cette affaire la Cour suprême a rejeté le moyen selon lequel l'acte criminel qui consiste à comploter «pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence» était d'une imprécision inconstitutionnelle.

32 Il faut prendre particulièrement garde, dans une affaire comme celle dont je suis saisi, de traiter la décision du ministre comme une sorte de lettre de cachet, comme un ordre arbitraire donné par un haut fonctionnaire despotique d'emprisonner ou d'exiler aléatoirement des citoyens par ailleurs innocents. Il est une fois de plus important de rappeler les conditions applicables à la formulation d'un tel avis: la perpétration d'une infraction par un non-citoyen, la prise d'une mesure d'expulsion contre celui-ci en conformité avec les lois fédérales et l'application régulière de la loi, le fait que l'infraction commise doit être particulièrement grave et punissable d'au moins dix ans d'emprisonnement, et la confirmation de l'avis du ministre uniquement après que les exigences d'équité ont été respectées grâce à la présentation d'observations par l'intéressé.

33 L'avocat de l'intimé nous a renvoyés à des décisions incongrues sur la question de l'imprécision, en particulier l'arrêt *Morales*<sup>25</sup> dans lequel la Cour suprême du Canada a examiné la validité de conditions prévues à l'article 515 du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] concernant le refus d'une mise en liberté sous caution. Dans cette affaire, la Cour suprême a conclu qu'une limite liée à l'«intérêt public» était trop imprécise, encore que la question ait été traitée dans l'optique non pas de l'article 7, mais de l'alinéa 11e) de la Charte. Il faut faire remarquer que cette affaire concernait une question encore plus impérieuse, soit la validité de la détention de prévenus avant un procès. De plus, il est important de noter que la Cour a confirmé une disposition permettant la détention, au besoin

515 (10) . . .

b) . . . pour la protection ou la sécurité du public, eu égard aux circonstances, y compris toute probabilité

substantial likelihood that the accused will, if he is released from custody, commit a criminal offence or interfere with the administration of justice.

as provided in paragraph 515(10)(b). It will be noted that the section did not define safety of the public but only gave certain examples of relevant considerations following the word "including". Further, Lamer C.J. confirmed that:

. . . exact predictability of future dangerousness is not constitutionally mandated.<sup>26</sup>

In my view this reasoning applies equally to the present case and one cannot demand such precise criteria in subsection 70(5) as to ensure that it can be applied with absolute predictability of result.

34 I should mention briefly the guidelines issued by the Department for the guidance of officers in recommending that a minister's opinion be issued under subsection 70(5).<sup>27</sup> It was argued that the guidelines do not adequately define and limit the grounds for a finding that a person constitutes a public danger. I would first observe, as did the learned Motions Judge, that the guidelines are not law, are not binding, and they do not purport to be exhaustive.<sup>28</sup> Indeed if they did purport to be exhaustive the Minister could not so fetter her discretion. I see nothing in the guidelines that is irrelevant to the proper formation of an opinion under subsection 70(5) (other than, perhaps, humanitarian considerations to which the respondent cannot take exception) but they can in no way be seen as a definition of the totality of the considerations of which the Minister could properly take account.

35 I am therefore satisfied that subsection 70(5) is not unconstitutionally vague and section 7 is not infringed for that reason.

36 It then remains to consider the other aspect of question 2, namely whether the failure of subsection

marquée que le prévenu, s'il est mis en liberté, commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice.

conformément à l'alinéa 515(10)b). Il convient de noter que cette disposition ne définissait pas la sécurité du public, mais donnait uniquement certains exemples de facteurs pertinents après les mots «y compris». Le juge en chef Lamer a en outre confirmé ceci:

. . . la prévisibilité exacte de la dangerosité future n'est pas une exigence constitutionnelle.<sup>26</sup>

À mon avis, ce raisonnement s'applique également à la présente affaire, et on ne peut pas exiger que le paragraphe 70(5) renferme des critères précis au point de faire en sorte que l'application de cette disposition donne des résultats tout à fait prévisibles.

34 Il convient de traiter brièvement des lignes directrices établies par le Ministère pour la gouverne des fonctionnaires devant recommander au ministre d'exprimer un avis fondé sur le paragraphe 70(5).<sup>27</sup> L'intimé a soutenu que les lignes directrices ne définissent ni ne limitent convenablement les motifs permettant de conclure qu'une personne constitue un danger pour le public. Je ferai d'abord remarquer, comme l'a fait le juge des requêtes, que les lignes directrices ne sont pas des règles de droit, ne sont pas impératives et ne sont pas supposées être exhaustives.<sup>28</sup> En fait, si elles étaient supposées être exhaustives, le ministre ne pourrait pas restreindre à ce point son pouvoir discrétionnaire. Selon moi, il n'y a rien dans les lignes directrices qui soit étranger à la formulation régulière d'un avis fondé sur le paragraphe 70(5) (sauf, peut-être, des raisons d'ordre humanitaire que l'intimé ne peut pas désapprouver), mais les lignes directrices ne peuvent en aucune façon être considérées comme définissant la totalité des facteurs dont le ministre pouvait à juste titre tenir compte.

35 Par conséquent, je suis convaincu que le paragraphe 70(5) n'est pas inconstitutionnellement vague, et l'article 7 n'est pas violé pour cette raison.

36 Il ne reste plus qu'à examiner l'autre volet de la question 2, c'est-à-dire la question de savoir si le

70(5) to require the Minister to render reasons “for a determination if the person constitutes a danger to the public in Canada” is a denial of fundamental justice rendering the subsection invalid for that reason. It is of course accepted that the procedural requirements of fundamental justice vary with the context in which they are invoked.<sup>29</sup> This is why it is important, as I noted earlier, to understand the true significance of the Minister’s opinion. It is not an order of deportation. It applies to persons already under lawful order of deportation and, as complained of here, may lead to the substitution of one form of discretionary relief for another or the substitution of a discretionary stay of deportation for a statutory one.

fait que le paragraphe 70(5) n’oblige pas le ministre à motiver «la décision selon laquelle une personne constitue un danger pour le public au Canada» est un déni de justice fondamentale qui rend cette disposition inopérante pour cette raison. Il est évidemment admis que les exigences procédurales de la justice fondamentale varient selon le contexte dans lequel elles sont invoquées<sup>29</sup>. C’est la raison pour laquelle il est important, comme je l’ai mentionné plus haut, de comprendre la signification véritable de l’avis donné par le ministre. Cet avis n’est pas une mesure d’expulsion. Il s’applique aux personnes qui font déjà l’objet d’une mesure d’expulsion légale et, comme l’intimé le déplore en l’espèce, peut entraîner la substitution d’une forme de redressement discrétionnaire à une autre, ou la substitution d’un sursis d’exécution discrétionnaire à un sursis d’exécution d’origine législative.

37 It should first be observed that question 2 may go beyond the issue properly raised by this case. Subsection 70(5) does not authorize the Minister to make a “determination”: instead it authorizes the Minister to form an “opinion” that a person constitutes a danger to the public in Canada. I must interpret the question as being limited to the terminology of the Act.

Il convient d’abord de faire remarquer que la question 2 déborde peut-être le cadre de la question litigieuse régulièrement soulevée par l’espèce. Le paragraphe 70(5) n’autorise pas le ministre à prendre une «décision» mais à exprimer un «avis», à savoir qu’une personne constitue un danger pour le public au Canada. Je dois interpréter la question en fonction des termes employés dans la Loi. 37

38 I would first confirm, as have many courts over the years, that it is usually, if not always, preferable that both courts and tribunals give reasons for their decisions. There are many advantages in issuing reasons: they enable the parties to know why they have won or lost, a very important consideration; the articulation of reasons imposes a discipline upon a court or tribunal when it is obliged to justify the result; and they undoubtedly assist a court later in disposing of an appeal or exercising powers of judicial review.

Je confirmerais d’abord, comme l’ont fait de nombreuses cours de justice dans le passé, qu’il est généralement sinon toujours préférable que les cours de justice et les tribunaux motivent leurs décisions. Donner des motifs est avantageux à bien des égards: les motifs permettent aux parties de savoir pourquoi elles ont eu gain de cause ou été déboutées, ce qui est une considération très importante; la rédaction de motifs astreint une cour de justice ou un tribunal à une discipline lorsqu’il faut justifier le résultat; et les motifs aident indéniablement une cour de justice, par la suite, à statuer sur un appel ou à exercer des pouvoirs de contrôle judiciaire. 38

39 We are frequently told that the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. In my view those basic tenets have never imposed a duty on tribunals to give reasons where a statute has not specifically so pro-

On nous répète souvent que les principes de justice fondamentale résident dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. À mon avis, ces préceptes fondamentaux n’ont jamais obligé les tribunaux à motiver leurs décisions lorsqu’une loi ne 39



vided.<sup>30</sup> This is particularly the case where the decision in question is essentially discretionary.<sup>31</sup> We have been referred to no authoritative jurisprudence relevant to the particular issues here which seriously questions these principles.

40 What has been recognized is that where a discretionary tribunal decision is either, on its face, perverse, or where there is evidence of facts being before the tribunal which manifestly required a different result or which were irrelevant yet apparently determinative of the result, then a court may be obliged to conclude that, in the absence of reasons which might have explained how the result is indeed rational or how certain factors were taken into account but rejected, the decision should be set aside for one of the established grounds for judicial review such as error of law, bad faith, consideration of irrelevant factors, failure to consider relevant factors, etc.<sup>32</sup> In such cases the tribunal decision is set aside not because of a lack of reasons *per se* but because in the absence of reasons it is not possible to overcome the inference of perversity or error derived from the result or the surrounding circumstances of the decision. With respect I believe that it is this situation to which Estey J. referred when he said in the *Northwestern Utilities* case that [at page 706]:

This is not to say, however, that absent a requirement by statute or regulation a disposition by an administrative tribunal would be reviewable solely by reason of a failure to disclose its reasons for such disposition. [Emphasis added.]

41 The only case referred to by counsel for the respondent and by the learned Motions Judge which seems on its face to depart from this principle is the House of Lords decision in *Doody*.<sup>33</sup> That case involved the failure of the Home Secretary to give reasons to a life prisoner as to why, in the exercise of his discretionary powers, he had set the minimum period of imprisonment prior to parole eligibility at a length different from that recommended by the judiciary. The House of Lords, with little explanation for its departure from longstanding jurisprudence, held that in the circumstances fairness required that the prisoner be given the reasons for

l'exige pas expressément<sup>30</sup>. C'est particulièrement vrai lorsque la décision en question est essentiellement une décision discrétionnaire<sup>31</sup>. S'agissant des questions litigieuses en l'espèce, on ne nous a renvoyés à aucun précédent qui conteste sérieusement ces principes.

40 Ce qui a été reconnu, c'est que lorsque la décision discrétionnaire d'un tribunal est manifestement absurde ou lorsque les faits qui ont été soumis au tribunal exigeaient manifestement un résultat différent ou étaient dénués de pertinence mais ont apparemment eu un effet déterminant sur le résultat, il se peut qu'une cour de justice doive, en l'absence de motifs qui auraient pu expliquer comment le résultat est effectivement justifié ou comment certains facteurs ont été pris en considération mais rejetés, annuler la décision pour l'un des motifs reconnus de contrôle judiciaire comme l'erreur de droit, la mauvaise foi, la prise en considération de facteurs dénués de pertinence et l'omission de tenir compte de facteurs pertinents<sup>32</sup>. Dans de telles circonstances, la décision du tribunal est annulée non pas parce qu'elle n'est pas motivée, mais parce que sans motifs il n'est pas possible de surmonter l'obstacle que constitue la conclusion d'absurdité ou d'erreur dérivée du résultat ou des circonstances entourant la décision. À mon sens, c'est à cette situation que le juge Estey faisait référence lorsqu'il a déclaré dans l'arrêt *Northwestern Utilities* [à la page 706]:

Toutefois, cela ne signifie pas que la décision d'un tribunal administratif est susceptible de révision pour l'unique raison qu'elle n'est pas motivée, en l'absence d'obligation légale ou réglementaire en ce sens. [Non souligné dans l'original.]

41 La seule affaire invoquée par l'avocat de l'intimé et par le juge des requêtes qui semble, à première vue, déroger à ce principe est la décision *Doody* de la Chambre des lords<sup>33</sup>. Dans cette affaire, le ministre de l'Intérieur avait omis d'exposer à un prisonnier condamné à perpétuité les motifs pour lesquels, dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires, il n'avait pas fixé la période minimale d'emprisonnement avant l'admissibilité à la libération conditionnelle recommandée par l'appareil judiciaire. La Chambre des lords, qui n'a pratiquement pas expliqué pourquoi elle s'écartait d'une jurisprudence de longue date, a statué que, dans les circonstances,

the decision of the Home Secretary. The rationale appears to have been that as such a decision is subject to judicial review the prisoner would have no means of knowing whether "the decision-making process has gone astray" unless he is given the reasons for that decision.<sup>34</sup> I think it must first be observed that this was a case involving incarceration, the Home Secretary in effect determining how long those sentenced to life imprisonment should in fact remain in prison. Further, this decision arose in a system lacking any written constitution or constitutional guarantees of fundamental rights and liberties. In the absence of such constitutional tools, the English judiciary has tended to stretch the traditional bounds of judicial review under the common law in a manner which is not necessarily pertinent to our administrative law. In short I do not find this to be convincing evidence of "the basic tenets of our legal system".

l'équité exigeait que le ministre de l'Intérieur fournisse au prisonnier des motifs au soutien de sa décision. La justification de cette décision résiderait dans le fait que, puisqu'une telle décision est susceptible de contrôle judiciaire, le prisonnier aurait été incapable de savoir si [TRADUCTION] «le processus décisionnel a fait fausse route» à moins de connaître les motifs de la décision<sup>34</sup>. À mon avis, il convient d'abord de faire remarquer qu'il était question d'emprisonnement dans cette affaire et que le ministre de l'Intérieur fixait en réalité la durée de la période pendant laquelle les condamnés à l'emprisonnement à perpétuité devraient effectivement demeurer en prison. En outre, cette décision s'inscrivait dans un système ne comportant aucune constitution écrite ni aucune protection constitutionnelle de droits et de libertés fondamentaux. En l'absence d'outils constitutionnels semblables, l'appareil judiciaire anglais a eu tendance à étendre les limites traditionnelles du contrôle judiciaire prévu par la common law d'une manière qui n'est pas nécessairement appropriée à notre droit administratif. Somme toute, cette preuve des «préceptes fondamentaux de notre système juridique» ne me paraît pas convaincante.

42 I have some difficulty with the notion that a decision without reasons is invalid on the sole ground that it may be difficult to review by an appeal court or a court exercising judicial review powers. Recognizing once again that reasons are highly desirable it is quite possible for a tribunal, or a judge for that matter, to render a proper decision without reasons. Experience shows us that this happens in the courts every day. Why should it be otherwise with tribunals? This is particularly true where tribunals are exercising largely discretionary powers, such as the Minister under subsection 70(5) where he or she is not required to apply existing legal principles to specific conclusions of fact as does a court or many tribunals.

J'ai du mal à comprendre pourquoi une décision non motivée est nulle pour la seule raison que son examen par un tribunal siégeant en appel ou exerçant des pouvoirs de contrôle judiciaire peut être difficile. Je reconnais une fois de plus qu'il est très souhaitable que des motifs soient fournis, mais il est tout à fait possible qu'un tribunal, ou un juge du reste, rende une décision légitime sans fournir de motifs. L'expérience démontre que les cours de justice le font quotidiennement. Pourquoi devrait-il en être autrement pour les tribunaux? C'est particulièrement vrai lorsque les tribunaux exercent des pouvoirs en grande partie discrétionnaires, comme le ministre qui, en vertu du paragraphe 70(5), n'est pas tenu d'appliquer des principes juridiques existants à des conclusions de fait précises comme le font les cours de justice ou de nombreux tribunaux.

43 I am at a loss to know why courts can as a matter of law render decisions without reasons but may insist that tribunals cannot, as a matter of law do so. A rationale for this proposition, as enunciated in the

Je ne sais absolument pas pourquoi les cours de justice peuvent, de droit, rendre une décision non motivée, mais peuvent insister pour que les tribunaux ne puissent, de droit, le faire. Selon l'arrêt

*Doody* case and by the Motions Judge in this case, is that without reasons being given by a decision maker, a court on judicial review cannot tell if that decision is correct. With respect, it seems to me that this approach is based on the premise that decisions by tribunals and officials are presumptively wrong unless they can be proven correct. But the separation of powers and ordinary principles of judicial deference require that it is for the person attacking a discretionary decision to demonstrate that it is unlawful. This may be easy in some cases where the decision is patently perverse, patently unlawful as dealing with matters outside the jurisdiction of the decision maker, or explicable only on the assumption of bad faith. Absent such factors, it is for the applicant for judicial review to bring forth evidence or argument as to why the decision is unlawful. This in no way diminishes the desirability of the decision maker giving reasons but I fail to see how this can be turned into a legal duty in the absence of a statutory requirement.

44 Therefore the principles of fundamental justice as guaranteed by section 7 of the Charter do not require that reasons be given. Question 2 may be broad enough, however, to cover the requirements of fundamental justice provided for in paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. Assuming without deciding that the interests protected by paragraph 2(e) are broader than those protected by section 7, I am still satisfied that the requirements of fundamental justice are no broader. For the same reason then I find no conflict with paragraph 2(e). Moreover, paragraph 2(e) only requires a “fair hearing” and I doubt that an absence of reasons for a decision necessarily affects the “hearing”.

45 As question 2 raises the general issue as to whether subsection 70(5) is invalid for not requiring the giving of reasons, I would therefore answer that part of the question in the negative as well.

*Doody* et le juge des requêtes en l'espèce, cette affirmation s'explique par le fait que si le décideur ne motive pas sa décision, une cour de justice qui siège en révision ne peut pas savoir si la décision est correcte. Il me semble que cette approche est fondée sur la prémisse selon laquelle les décisions rendues par les tribunaux et les hauts fonctionnaires sont présumées erronées tant que leur bien-fondé n'a pas été établi. Toutefois, la séparation des pouvoirs et les principes ordinaires de retenue judiciaire exigent qu'il incombe à la personne qui conteste une décision discrétionnaire de prouver que cette décision est illégale. Cette preuve peut être facile à faire dans certains cas s'il s'agit d'une décision qui est manifestement absurde, qui est manifestement illégale parce qu'elle se rapporte à des questions qui ne ressortissent pas à la compétence du décideur, ou qui n'est explicable qu'en présumant la mauvaise foi. En l'absence de tels facteurs, c'est à la personne qui demande un contrôle judiciaire qu'il appartient de soumettre des éléments de preuve ou d'invoquer des moyens expliquant pourquoi la décision est illégale. Cela ne diminue nullement l'opportunité pour le décideur de fournir des motifs, mais je ne vois pas comment on peut en faire une obligation légale en l'absence d'une exigence législative.

44 Par conséquent, les principes de justice fondamentale qui sont garantis par l'article 7 de la Charte n'exigent pas que des motifs soient fournis. La question 2 est peut-être assez vaste, toutefois, pour englober les exigences de justice fondamentale prévues à l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. En admettant, sans me prononcer là-dessus, que les droits protégés par l'alinéa 2e) soient plus étendus que ceux que protège l'article 7, je demeure convaincu que les exigences de justice fondamentale ne sont pas plus vastes. Pour le même motif, donc, je ne vois aucun conflit avec l'alinéa 2e). Par ailleurs, l'alinéa 2e) exige uniquement une «audition impartiale» et je doute qu'une décision non motivée soit nécessairement préjudiciable à l'«audition».

45 Puisque la question 2 soulève la question générale de savoir si le paragraphe 70(5) est inopérant parce qu'il ne prévoit pas l'obligation de fournir des motifs, je répondrais donc aussi à cette partie de la question par la négative.

## Question 3

3. Is the exercise of discretion by the Minister of Citizenship and Immigration to issue an opinion that a person constitutes a danger to the public in Canada pursuant to subsection 70(5), in the context of the procedure being used for that determination, inconsistent with the requirements of fundamental justice and section 7 of the Charter where no reasons are provided for the opinion?

46 As I understand this question, it raises the constitutionality of the Minister's actual opinion here because it was given without reasons, even assuming subsection 70(5) to be valid. In other words whereas question 2 raises an issue under section 52 of the *Constitution Act, 1982*, this question raises an issue under section 24 of the Charter.

47 As this question is more related to the actual exercise, rather than the grant, of the discretion it is even more pertinent to have regard to my observations at the beginning as to the effect of the Minister's decision. That is, as the real consequence for the respondent is simply to remove from the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board the exercise of a discretion to exempt him from a valid deportation order and leave that discretion with the Minister, as well as to substitute a judicial stay for a statutory stay, the requirements of fundamental justice are not very profound. For the reasons which I have given in answer to question 2, I do not consider that there is any infringement of fundamental justice involved in the failure to give reasons in this case or in similar cases. Even accepting the principle adverted to in *Doody* and seemingly accepted by the Motions Judge that an absence of reasons may preclude effective judicial review, that is not the situation in the present case. I have pointed out earlier the limited scope of judicial review of such decisions. The Court is not invited to sit on appeal and to redetermine findings of fact. It is not the opinion of the judge which is required as to whether the non-citizen presents a danger to the public. In this case we know from the affidavit filed on behalf of the Minister before the Motions Judge<sup>35</sup> that the Minister's delegate who made the decision had the following before him or her:

## Question 3

3. L'exercice par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du pouvoir discrétionnaire d'exprimer l'opinion qu'une personne constitue un danger pour le public au Canada conformément au paragraphe 70(5), dans le contexte de la procédure utilisée pour cette décision, est-il incompatible avec les exigences de la justice fondamentale et l'article 7 de la Charte là où il ne motive pas son opinion?

46 Si je comprends bien, cette question conteste la constitutionnalité de l'avis même donné par le ministre en l'espèce parce que cet avis n'a pas été motivé, même en admettant que le paragraphe 70(5) soit valide. En d'autres termes, la question 2 soulève une question en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* alors que la question 3 soulève une question en vertu de l'article 24 de la Charte.

47 Comme cette question se rapporte beaucoup plus à l'exercice véritable qu'à l'octroi du pouvoir discrétionnaire, il est encore plus opportun de tenir compte des observations que j'ai faites au début sur l'effet de la décision du ministre. En fait, puisque, concrètement, cette décision a simplement pour conséquence de retirer à la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié l'exercice du pouvoir discrétionnaire de dispenser l'intimé de l'exécution d'une mesure d'expulsion légitime et d'accorder ce pouvoir discrétionnaire au ministre, de même que de remplacer un sursis d'exécution d'origine législative par un sursis d'exécution judiciaire, les exigences de la justice fondamentale ne sont pas très profondes. Pour les motifs que j'ai fournis en répondant à la question 2, j'estime que le défaut de fournir des motifs en l'espèce ou dans des affaires similaires ne porte nullement atteinte à la justice fondamentale. Même en acceptant le principe énoncé dans l'arrêt *Doody* et apparemment accepté par le juge des requêtes, savoir qu'une décision non motivée peut empêcher un contrôle judiciaire véritable, telle n'est pas la situation en l'espèce. J'ai fait état plus haut de la portée limitée du contrôle judiciaire de telles décisions. La Cour n'est pas invitée à siéger en appel et à statuer à nouveau sur des conclusions de fait. Ce n'est pas l'avis du juge qui est requis sur la question de savoir si un non-citoyen constitue un danger pour le public. En l'espèce, nous

... the Applicant's criminal record, the Applicant's counsel's submissions, family in Canada, participation in reintegration courses at Joyceville Penitentiary, the Certificate of Achievement, and the psychologist's report in the Applicant's favour.

The Court also had those documents as well as the report initially submitted to the Minister's delegate but not to the respondent. It is not suggested that any of those documents are completely irrelevant to the considerations pertinent to a finding of dangerousness. Those documents contained the whole of the respondent's submissions, made after a perusal of the documents being put before the Minister's delegate, so that anything to be said by Williams' counsel in his favour was before the delegate. It may be that a motions judge looking at this material might be of the personal view that the evidence against Williams being a danger was stronger than the evidence for him being a danger but, with respect, that is not the issue. The issue is whether it can be said with any assurance that the Minister's delegate acted in bad faith, on the basis of irrelevant criteria or evidence, or without regard to the material. There is simply no evidence that any of these things occurred and I fail to see how the result can be regarded as perverse: that is I do not see how it can be said that it was not open to the Minister's delegate to form the opinion based on Williams' convictions, their nature and frequency, and the comments of the sentencing judge, that he represented a danger to the Canadian public. Nor is there any basis for saying, by comparing the results to the basic undisputed facts, that the Minister must have employed some unlawful criteria. Had any of these problems been demonstrable from the material there might have been a case for saying that the Court was bound to set aside the opinion because without reasons to counteract the negative evidence the Court must find it to be unlawful. But no such problem has been demonstrated and that should be the end of the matter for a reviewing court.

savons d'après l'affidavit qui a été soumis au juge des requêtes<sup>35</sup> au nom du ministre que le délégué du ministre qui a pris la décision avait obtenu les documents suivants:

[TRADUCTION] ... le casier judiciaire du requérant, les observations faites par l'avocate du requérant, la famille au Canada, la participation à des cours de réinsertion sociale au pénitencier de Joyceville, l'attestation de réussite et le rapport psychologique favorable au requérant.

La Cour a également été saisie de ces documents ainsi que du rapport qui a initialement été fourni au délégué du ministre, mais pas à l'intimé. Il n'est pas donné à entendre qu'un de ces documents est totalement étranger aux considérations pertinentes quant à une conclusion de dangerosité. Ces documents renferment l'ensemble des observations que l'intimé a faites après avoir lu attentivement les documents soumis au délégué du ministre, de sorte que tout ce que l'avocat de M. Williams allait dire en faveur de son client a été soumis au délégué du ministre. Peut-être qu'un juge des requêtes ayant pris connaissance de ces documents serait personnellement d'avis que la preuve selon laquelle M. Williams ne constitue pas un danger était plus convaincante que la preuve contraire, mais, selon moi, là n'est pas la question. Il s'agit en l'espèce de savoir s'il est possible d'affirmer avec certitude que le délégué du ministre a agi de mauvaise foi, en tenant compte de facteurs ou d'éléments de preuve dénués de pertinence, ou sans égard au dossier. Il n'y a absolument rien qui permette de conclure que l'un ou l'autre de ces faits s'est produit, et je ne vois pas comment on peut considérer que le résultat est absurde: en d'autres termes, je ne vois pas comment on peut dire qu'il n'était pas loisible au délégué du ministre d'exprimer l'avis, sur le fondement des déclarations de culpabilité prononcées contre M. Williams, de leur nature et de leur nombre, et d'après les observations du juge qui a prononcé la sentence, que M. Williams constituait un danger pour le public au Canada. De plus, rien ne permet de conclure, quand on compare les résultats aux faits fondamentaux non contestés, que le ministre doit avoir appliqué des critères illégaux. Si l'existence de l'un de ces problèmes avait été démontrable d'après le dossier, il aurait peut-être été possible d'affirmer que la Cour était tenue d'annuler l'avis parce que, en l'absence de motifs pour

neutraliser la preuve négative, force lui est de conclure que cet avis est illégal. Toutefois, aucun problème semblable n'a été démontré, et cela devrait clore la discussion pour une cour siégeant en révision.

48 I would therefore answer question 3 in the negative.

Je répondrais donc à la question 3 par la négative. 48

#### Question 4

#### Question 4

4. Does the failure to provide reasons for a determination under subsection 70(5) that a person constitutes a danger to the public in Canada, in the context of the procedure being used, breach the requirements of natural justice or procedural fairness?

4. L'omission de motiver une décision rendue en vertu du paragraphe 70(5) selon laquelle une personne constitue un danger pour le public au Canada, dans le contexte de la procédure utilisée pour cette décision, va-t-elle à l'encontre des exigences de la justice naturelle et de l'équité en matière de procédure?

49 I believe it is fair to assume that the requirements of "natural justice" are subsumed under the general category of "fairness", particularly in respect of an administrative decision such as this. It is beyond debate that the requirements of fairness depend on the seriousness of the decision being taken. In my view, as expressed above, the consequence of this decision is not an order of deportation but rather the withdrawal of a discretionary power to exempt Williams from lawful deportation, such discretion instead being limited thereafter to exercise by the Minister. It also substitutes the possibility of a discretionary stay for an automatic statutory stay. The decision making authorized by subsection 70(5) is not judicial or quasi-judicial in nature involving the application of pre-existing legal principles to specific factual determinations, but rather the formation of an opinion in good faith drawn from the probabilities as perceived by the Minister from an examination of relevant material and an assessment as to the acceptability of the probable risk. In such circumstances the requirements of fairness are minimal and have surely been met for the same reasons as I have concluded that requirements of fundamental justice, if applicable, have been met.

Selon moi, il est juste de présumer que les exigences de «justice naturelle» sont subsumées dans la catégorie générale de l'«équité», particulièrement en ce qui a trait à une décision administrative comme celle qui nous intéresse. Il est indiscutable que les exigences en matière d'équité varient selon la gravité de la décision qui est prise. À mon sens, comme je l'ai mentionné plus haut, cette décision n'est pas assimilable à une mesure d'expulsion, mais entraîne le retrait du pouvoir discrétionnaire de dispenser M. Williams d'une expulsion légale, ce pouvoir étant plutôt exercé par le ministre par la suite. Cette décision substitue également l'éventualité d'un sursis d'exécution discrétionnaire à un sursis d'origine législative automatique. Le processus décisionnel autorisé par le paragraphe 70(5) n'est pas un processus judiciaire ou quasi-judiciaire qui, par nature, comporte l'application de principes juridiques préexistants à des décisions factuelles précises, mais réside plutôt dans la formulation d'un avis de bonne foi basé sur les probabilités perçues par le ministre au moyen d'un examen des documents pertinents et sur une évaluation de l'acceptabilité du risque probable. Dans de telles circonstances, les exigences en matière d'équité sont minimales et ont sûrement été respectées pour des motifs identiques à ceux que j'ai donnés pour conclure que les exigences de justice fondamentale, le cas échéant, ont été respectées.

50 Question 4 must therefore be answered in the negative.

Il faut donc répondre par la négative à la question 4. 50

Disposition

51 The appeal should therefore be allowed, the order of the Trial Division dated October 29, 1996 be set aside, and all four certified questions be answered in the negative.

ROBERTSON J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

<sup>1</sup> It is not entirely clear whether the Motions Judge was applying the fundamental justice requirement of s. 7 of the Charter, or s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III], or both.

<sup>2</sup> Appeal Book, at p. 141.

<sup>3</sup> Adopted by S.C. 1995, c. 15, s. 13.

<sup>4</sup> See e.g. the present case, *Clarke v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 1567 (T.D.) (QL); *Ibrahim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 1559 (T.D.) (QL); *Hinds v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 1544 (T.D.) (QL); *Calabrese v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 1559 (T.D.) (QL).

<sup>5</sup> See e.g. *Gervasoni v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 110 F.T.R. 297 (F.C.T.D.); *Canales v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 114 F.T.R. 281 (F.C.T.D.); *Lindo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 34 Imm. L.R. (2d) 310 (F.C.T.D.).

<sup>6</sup> [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 734.

<sup>7</sup> *Id.*, at pp. 734 and 742.

<sup>8</sup> *Supra*, note 3.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> See e.g., *Canada (Attorney General) v. Purcell*, [1996] 1 F.C. 644 (C.A.), at p. 661.

<sup>11</sup> See e.g., *Purcell, ibid.*; *Shah v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 170 N.R. 238 (F.C.A.), at p. 240; Wade and Forsyth, *Administrative Law* (7th ed., 1994), at p. 443.

<sup>12</sup> See e.g., *Baker v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 127 (C.A.).

<sup>13</sup> [1985] 1 S.C.R. 177.

<sup>14</sup> *Hoang v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35 (F.C.A.), at p. 41; *Canepa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 3 F.C. 270 (C.A.), at p. 277;

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler l'ordonnance en date du 29 octobre 1996 de la Section de première instance et de répondre par la négative aux quatre questions certifiées. 51

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

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

<sup>1</sup> On ne sait pas très bien si le juge des requêtes a appliqué l'exigence de justice fondamentale prévue à l'art. 7 de la Charte ou l'art. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), appendice III], ou les deux.

<sup>2</sup> Dossier d'appel, à la p. 141.

<sup>3</sup> Adopté par L.C. 1995, ch. 15, art. 13.

<sup>4</sup> Voir, p. ex., la présente affaire, *Clarke c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1567 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Ibrahim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] F.C.J. n° 1559 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Hinds c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] F.C.J. n° 1544 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Calabrese c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1559 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

<sup>5</sup> Voir, p. ex., *Gervasoni c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 110 F.T.R. 297 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canales c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 114 F.T.R. 281 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Lindo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 34 Imm. L.R. (2d) 310 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>6</sup> [1992] 1 R.C.S. 711, à la p. 734.

<sup>7</sup> *Id.*, aux p. 732 et 742.

<sup>8</sup> Précité, note 3.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Voir, p. ex., *Canada (Procureur général) c. Purcell*, [1996] 1 C.F. 644 (C.A.), à la p. 661.

<sup>11</sup> Voir, p. ex., *Purcell, ibid.*; *Shah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 170 N.R. 238 (C.A.F.), à la p. 240; Wade et Forsyth, *Administrative Law* (7<sup>e</sup> éd., 1994), à la p. 443.

<sup>12</sup> Voir, p. ex., *Baker c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 127 (C.A.).

<sup>13</sup> [1985] 1 R.C.S. 177.

<sup>14</sup> *Hoang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35 (C.A.F.), à la p. 41; *Canepa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 3 C.F. 270 (C.A.), à la p. 277; *Barrera c.*

*Barrera v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 3 (C.A.), at p. 16.

<sup>15</sup> [1990] 2 F.C. 299 (C.A.), at pp. 318-319 and 323.

<sup>16</sup> *Supra*, note 6.

<sup>17</sup> [1993] 1 F.C. 696 (C.A.), at pp. 703-704 and 707.

<sup>18</sup> Marceau J.A. does say in a footnote [at p. 703, footnote 5]:

. . . it seems to me, with respect, that forcibly deporting an individual against his will has the necessary effect of interfering with his liberty . . . .

<sup>19</sup> [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 171.

<sup>20</sup> [1995] 1 S.C.R. 315.

<sup>21</sup> *Supra*, note 6, at p. 734.

<sup>22</sup> [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 643.

<sup>23</sup> *Thompson v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 1097 (T.D.) (QL), at para. 21.

<sup>24</sup> *Supra* note 22, at p. 642.

<sup>25</sup> *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711.

<sup>26</sup> *Id.*, at p. 738, relying on an earlier decision in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309.

<sup>27</sup> Appeal Book, at pp. 305-307.

<sup>28</sup> *Id.*, at p. 231.

<sup>29</sup> See e.g. *Chiarelli*, *supra* note 6, at p. 743.

<sup>30</sup> See e.g. *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, at pp. 705-706; *Public Service Board of N.S.W. v. Osmond* (1986), 159 C.L.R. 656 (H.C.), at pp. 662-663, and Commonwealth jurisprudence referred to therein (H.C. of Aust.); *Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Doody*, [1994] 1 A.C. 531 (H.L.), at p. 564; *Bidulka v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 3 F.C. 630 (C.A.), at p. 643; *Canadian Human Rights Commission v. Canada* (1995), 192 N.R. 125 (F.C.A.), at p. 128.

<sup>31</sup> *Shah v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 170 N.R. 238 (F.C.A.), at p. 239.

<sup>32</sup> See e.g., *Canadian Human Rights Commission v. Canada*, *supra* note 30, at pp. 128-130; *R v Civil Service Appeal Board, ex p Cunningham*, [1991] 4 All ER 310 (C.A.).

<sup>33</sup> *Supra*, note 30. The other English case referred to by counsel and cited by the Motions Judge, *Cunningham*, *supra*, note 32, involved a decision which was on its face perverse in the small amount of compensation awarded for loss of employment compared to what, according to the evidence, other tribunals had awarded in analogous cases. It therefore required explanation by reasons or otherwise.

<sup>34</sup> [1994] 1 A.C. 531 (H.L.), at p. 565.

<sup>35</sup> Appeal Book, at pp. 68-69.

*Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 3 (C.A.), à la p. 16.

<sup>15</sup> [1990] 2 C.F. 299 (C.A.), aux p. 318, 319 et 323.

<sup>16</sup> Précité, note 6.

<sup>17</sup> [1993] 1 C.F. 696 (C.A.), aux p. 703, 704 et 707.

<sup>18</sup> Le juge Marceau, J.C.A., déclare dans une note en bas de page [à la p. 703, note 5]:

. . . il me semble, en toute déférence, que l'expulsion d'un individu aurait pour conséquence nécessaire de porter atteinte à sa liberté . . . .

<sup>19</sup> [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 171.

<sup>20</sup> [1995] 1 R.C.S. 315.

<sup>21</sup> Précité, note 6, à la p. 734.

<sup>22</sup> [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 643.

<sup>23</sup> *Thompson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1097 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au par. 21.

<sup>24</sup> Précité, note 22, à la p. 642.

<sup>25</sup> *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711.

<sup>26</sup> *Id.*, à la p. 738, s'appuyant sur l'arrêt antérieur *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309.

<sup>27</sup> Dossier d'appel, aux p. 305 à 307.

<sup>28</sup> *Id.*, à la p. 231.

<sup>29</sup> Voir, p. ex., *Chiarelli*, précité, note 6, à la p. 743.

<sup>30</sup> Voir, p. ex., *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, aux p. 705 et 706; *Public Service Board of N.S.W. v. Osmond* (1986), 159 C.L.R. 656 (H.C.), aux p. 662 et 663, et la jurisprudence du Commonwealth qui y est mentionnée (H.C. d'Austr.); *Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Doody*, [1994] 1 A.C. 531 (H.L.), à la p. 564; *Bidulka c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 3 C.F. 630 (C.A.), à la p. 643; *Commission canadienne des droits de la personne c. Canada* (1995), 192 N.R. 125 (C.A.F.), à la p. 128.

<sup>31</sup> *Shah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 170 N.R. 238 (C.A.F.), à la p. 239.

<sup>32</sup> Voir, p. ex., *Commission canadienne des droits de la personne c. Canada*, précité, note 30, aux p. 128 à 130; *R v Civil Service Appeal Board, ex p Cunningham*, [1991] 4 All ER 310 (C.A.).

<sup>33</sup> Précité, note 30. L'autre affaire anglaise mentionnée par l'avocat et citée par le juge des requêtes, savoir l'arrêt *Cunningham*, précité, note 32, concerne une décision qui était manifestement absurde parce que l'indemnité accordée en contrepartie du congédiement était peu élevée comparativement à celle que, selon la preuve, d'autres tribunaux avaient accordée dans des affaires analogues. Il fallait donc expliquer la décision en donnant des motifs ou autrement.

<sup>34</sup> [1994] 1 A.C. 531 (H.L.), à la p. 565.

<sup>35</sup> Dossier d'appel, aux p. 68 et 69.



T-1437-96

T-1437-96

**Hoffmann-La Roche Limited and Syntex Pharmaceuticals International Limited** (*Applicants*)

**Hoffmann-La Roche Limited et Syntex Pharmaceuticals International Limited** (*requérantes*)

v.

c.

**The Minister of National Health and Welfare and Nu-Pharm Inc.** (*Respondents*)

**Le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social et Nu-Pharm Inc.** (*intimés*)

*INDEXED AS: HOFFMANN-LA ROCHE LTD. v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T.D.)*

*RÉPERTORIÉ: HOFFMANN-LA ROCHE LTD. c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Richard J.—Toronto, February 3; Ottawa, February 17, 1997.

Section de première instance, juge Richard—Toronto, 3 février; Ottawa, 17 février 1997.

*Practice — Res judicata — Application to compel answers to questions directed to ownership, control, management, financial, commercial interests between two corporations upon cross-examination on affidavit — Applicants alleging estoppel, res judicata in originating notice of motion — Affidavit denying privity — “Privies” no longer defined as meaning only those claiming by inheritance, succession or assignment — On cross-examination as to denial of privity, applicants entitled to examine relationship between corporations — Control most explicit factor to determine existence of relationship.*

*Pratique — Res judicata — Demande visant à obtenir des réponses à certaines questions relatives à la propriété, au contrôle, à l’administration ou aux intérêts commerciaux ou financiers existant entre deux entreprises, lors d’un contre-interrogatoire sur un affidavit — Les requérantes ont allégué la chose jugée et la fin de non-recevoir dans l’avis de requête introductive d’instance — L’affidavit nie l’existence d’un lien de droit — Le terme «ayant droit» n’est plus restreint aux personnes qui présentent une réclamation en vertu d’un héritage ou d’une cession — Lors du contre-interrogatoire sur la négation de l’existence d’un lien de droit, les requérantes ont le droit d’examiner les liens entre les sociétés — Le contrôle est l’élément le plus explicite pour déterminer l’existence d’un lien.*

This was an application to compel a Senior Vice-President of Nu-Pharm Inc. to answer questions directed to the question of ownership, control, management or financial or commercial interests existing between Nu-Pharm and Apotex, which he had refused to answer on cross-examination on his affidavit. The applicants asserted that the questions arose from the denial in the affidavit, that Nu-Pharm was a privy of Apotex, in response to allegations of *res judicata* and estoppel in the originating notice of motion. The applicants had alleged that Nu-Pharm and Apotex were privies, or acting in concert, in attempting to obtain an NOC for naproxen sustained release tablets, that Apotex had legal or *de facto* control over Nu-Pharm, and that Apotex was using Nu-Pharm to circumvent a court order. The respondent argued that the questions were not relevant to the issue of whether they were privies. It relied on the *Black’s Law Dictionary* definition of “privy”, which cites as examples persons claiming by inheritance, succession or assignment. The issue was the meaning of “privies”, the third condition for *res judicata*.

Il s’agit d’une demande visant à contraindre le premier vice-président de Nu-Pharm Inc. à répondre à certaines questions auxquelles il a refusé de répondre lors du contre-interrogatoire sur son affidavit, relativement à la propriété, au contrôle, à l’administration ou aux intérêts commerciaux ou financiers existant entre Nu-Pharm et Apotex. Les requérantes ont affirmé que ces questions découlaient de la négation dans l’affidavit que Nu-Pharm est un ayant droit d’Apotex, en réponse aux allégations de chose jugée et de fin de non-recevoir dans l’avis de requête introductive d’instance. Les requérantes avaient allégué que Nu-Pharm et Apotex étaient des ayants droit ou agissaient de concert pour obtenir un avis de conformité pour les comprimés de naproxen à libération prolongée et qu’Apotex avait le contrôle légal ou de fait de Nu-Pharm et se servait de Nu-Pharm pour tourner une ordonnance judiciaire. L’intimé a prétendu que les questions n’étaient pas pertinentes pour la question de savoir si les requérantes étaient des ayants droit. Elle a invoqué la définition donnée dans le *Black’s Law Dictionary* de l’expression «ayant droit» qui donne comme exemples des personnes qui présentent une réclamation à titre de légataire ou de cessionnaire. La question en litige était le sens

*Held*, the application should be allowed.

The present day notion of "privies" goes beyond the examples given in *Black's Law Dictionary*. Undoubtedly a large number of factors can be identified to determine whether there exists such a close relationship between two corporations that what apparently concerns one actually pertains to the activities of the other, but the factor that is most explicit and most likely to cover all aspects of the concept is control. On cross-examination as to the denial of privity, the applicants are entitled to examine the relationship between the two corporations to ascertain whether one corporation is the *alter ego* of the other or whether they should be treated as one. The respondent may apply for a protective order concerning any answers which may be given concerning the relationship between Nu-Pharm and Apotex which might disclose information of a confidential nature.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 1600 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).  
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 6.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

*Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302; 169 N.R. 342 (F.C.A.); *Laferrière v. Gariépy* (1921), 62 S.C.R. 557; *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248; (1974), 47 D.L.R. (3d) 544; 74 DTC 6278; 2 N.R. 397; *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.); *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; (1991), 78 D.L.R. (4th) 666; 39 Q.A.C. 81; 123 N.R. 1; *Buanderie centrale de Montréal Inc. v. Montreal (City)*; *Conseil de la santé et des services sociaux de la région de Montréal métropolitain v. Montreal (City)*, [1994] 3 S.C.R. 29; (1994), 63 Q.A.C. 191; [1995] 1 C.T.C. 223; 171 N.R. 191; *Aluminum Company of Canada Ltd. v. The Corporation of the City of Toronto*, [1944] S.C.R. 267; [1944] 3 D.L.R. 609.

##### REFERRED TO:

*Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 440; (1990), Q.A.C. 241; 112 N.R. 241; *Dumont Vins & Spiritueux Inc. v. Celliers du*

de l'expression «ayant droit», la troisième condition de la doctrine de la chose jugée.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

Le concept actuel d'«ayant droit» va plus loin que les exemples donnés dans le *Black's Law Dictionary*. Un nombre important de facteurs peut certes être identifié pour déterminer l'existence d'une relation si intime entre deux sociétés que ce qui, en apparence, relève des affaires de l'une appartient, en réalité, aux activités de l'autre, mais l'élément le plus explicite et le plus susceptible d'englober la réalité du concept est le contrôle. Lors du contre-interrogatoire sur la négation de l'existence d'un lien de droit, les requérantes ont le droit d'examiner les liens entre les deux sociétés pour vérifier si l'une de celles-ci est l'*alter ego* de l'autre, ou si elles devraient être considérées comme une seule société. L'intimée peut présenter une demande d'ordonnance préventive au sujet des réponses qui peuvent être données relativement aux liens qui existent entre Nu-Pharm et Apotex qui pourraient contenir des renseignements de nature confidentielle.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 6.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 1600 (éditée par DORS/92-43, art. 19).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302; 169 N.R. 342 (C.A.F.); *Laferrière v. Gariépy* (1921), 62 R.C.S. 557; *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248; (1974), 47 D.L.R. (3d) 544; 74 DTC 6278; 2 N.R. 397; *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.); *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; (1991), 78 D.L.R. (4th) 666; 39 Q.A.C. 81; 123 N.R. 1; *Buanderie centrale de Montréal Inc. c. Montréal (Ville)*; *Conseil de la santé et des services sociaux de la région de Montréal métropolitain c. Montréal (Ville)*, [1994] 3 R.C.S. 29; (1994), 63 Q.A.C. 191; [1995] 1 C.T.C. 223; 171 N.R. 191; *Aluminum Company of Canada Ltd. v. The Corporation of the City of Toronto*, [1994] R.C.S. 267; [1944] 3 D.L.R. 609.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440; (1990), Q.A.C. 241; 112 N.R. 241; *Dumont Vins & Spiritueux Inc. c. Celliers du*

*Monde Inc.*, [1992] 2 F.C. 634; (1992), 42 C.P.R. (3d) 197; 139 N.R. 357 (C.A.); *Gleeson v. J. Wippell*, [1977] 1 W.L.R. 510 (Ch.D.); *Re a Company*, [1985] B.C.L.C. 333 (C.A.).

## AUTHORS CITED

*Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990. "privy".

Bower, George Spencer. *The Doctrine of Res Judicata*, London: Butterworths, 1969.

APPLICATION to compel a corporate officer to answer questions directed to ownership, control, management, financial or commercial interests existing between his corporation and another which he had refused to answer upon cross-examination on his affidavit, filed in response to an originating notice of motion alleging that the corporations were privies in attempting to secure an NOC for a patented medicine. Application allowed.

## COUNSEL:

*J. Sheldon Hamilton* for applicants.  
*Andrew R. Brodtkin* and *Iain MacKinnon* for respondent Nu-Pharm Inc.

## SOLICITORS:

*Smart & Biggar*, Toronto, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent the Minister of National Health and Welfare.  
*Goodman Phillips & Vineberg*, Toronto, for respondent Nu-Pharm Inc.

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

1 RICHARD J.: The applicants, who are the moving party in this motion, seek to compel the deponent, Richard Benyak, Senior Vice-President of Sales and Marketing with Nu-Pharm Inc., to answer certain questions which he refused to answer on his cross-examination held on January 10, 1997. The categories of questions which he refused to answer are as follows:

*Monde Inc.*, [1992] 2 C.F. 634; (1992), 42 C.P.R. (3d) 197; 139 N.R. 357 (C.A.); *Gleeson v. J. Wippell*, [1977] 1 W.L.R. 510 (Ch.D.); *Re a Company*, [1985] B.C.L.C. 333 (C.A.).

## DOCTRINE

*Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990. «privy».

Bower, George Spencer. *The Doctrine of Res Judicata*, London: Butterworths, 1969.

DEMANDE présentée afin de contraindre un administrateur à répondre à des questions relatives à la propriété, au contrôle, à l'administration ou aux intérêts financiers ou commerciaux existant entre sa société et une autre, questions auxquelles il a refusé de répondre lors d'un contre-interrogatoire sur son affidavit produit en réponse à un avis de requête introductive d'instance où il était allégué que les deux sociétés étaient des ayant droit qui tentaient d'obtenir un avis de conformité pour un médicament breveté. La demande est accueillie.

## AVOCATS:

*J. Sheldon Hamilton* pour les requérantes.  
*Andrew R. Brodtkin* et *Iain MacKinnon* pour l'intimée Nu-Pharm Inc.

## PROCUREURS:

*Smart & Biggar*, Toronto, pour les requérantes.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.  
*Goodman Phillips & Vineberg*, Toronto, pour l'intimée Nu-Pharm Inc.

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

1 LE JUGE RICHARD: Les requérantes, qui ont déposé la présente requête en l'espèce, veulent contraindre le déposant, Richard Benyak, premier vice-président, ventes et marketing de Nu-Pharm Inc., à répondre à certaines questions auxquelles il a refusé de répondre lors de son contre-interrogatoire le 10 janvier 1997. Les catégories de questions auxquelles il a refusé de répondre sont les suivantes:

- |   |   |  |  |          |
|---|---|--|--|----------|
| <p>1- Directors and Officers of Nu-Pharm and Relations to Apotex.</p> <p>2- Financial Interest of Nu-Pharm Officers in Apotex.</p> <p>3- Shareholders of Nu-Pharm and their Relation to Apotex.</p> <p>4- Change in Mr. Benyak's position.</p> <p>5- Corporate Finance relations between Nu-Pharm and Apotex.</p> <p>6- Agreement between Apotex and Nu-Pharm with respect to the Naproxen Cross-Reference.</p> <p>7- Nu-Pharm/Apotex relations on Naproxen.</p> <p>8- Marketing of Naproxen slow release.</p> <p>9- Miscellaneous.</p> | <p>1- Directeurs et administrateurs de Nu-Pharm et liens avec Apotex.</p> <p>2- Intérêt financier des dirigeants de Nu-Pharm dans Apotex.</p> <p>3- Actionnaires de Nu-Pharm et leurs liens avec Apotex.</p> <p>4- Changement de poste de M. Benyak.</p> <p>5- Liens financiers entre Nu-Pharm et Apotex.</p> <p>6- Entente intervenue entre Apotex et Nu-Pharm en ce qui a trait au renvoi au naproxen.</p> <p>7- Rapports entre Nu-Pharm et Apotex en ce qui a trait au naproxen.</p> <p>8- Commercialisation du naproxen à libération lente.</p> <p>9- Divers.</p> | <p>2</p> <p>In their Originating Notice of Motion, the applicants allege, <i>inter alia</i>:</p> <p>14. Given that Nu-Pharm's letter<sup>1</sup> was sent only days after the Applicants commenced the second proceeding against Apotex relying upon, <i>inter alia</i>, the doctrine of <i>res judicata</i>, estoppel and merger, and given the similarity of language used by Apotex in the March 22, 1996 letter and that used by Nu-Pharm in the May 2, 1996 letter, Nu-Pharm and Apotex are privies or are otherwise co-operating or acting in concert, in attempting to circumvent the March 20, 1996 Order of Madame Justice Reed. At all times relevant, Nu-Pharm and Apotex have been privies or have been co-operating or otherwise acting in concert to obtain an NOC for naproxen sustained release tablets. Apotex has legal and / or <i>de facto</i> control over Nu-Pharm and has used said control in respect of the letter of May 2, 1996 from Nu-Pharm. Apotex is using Nu-Pharm to circumvent the aforesaid Order of Reed J. The information in Nu-Pharm's NDS for naproxen sustained release tablets originated with Apotex.</p> | <p>Dans leur avis de requête introductive d'instance, les requérantes allèguent notamment:</p> <p>[TRADUCTION] 14. Compte tenu du fait que la lettre de Nu-Pharm<sup>1</sup> n'a été envoyée que quelques jours seulement après que les requérantes eurent engagé la deuxième procédure contre Apotex invoquant, notamment, la doctrine de la chose jugée, la fin de non-recevoir et la fusion, et étant donné la similarité entre les termes utilisés par Apotex dans la lettre du 22 mars 1996 et ceux utilisés par Nu-Pharm dans la lettre du 2 mai 1996, Nu-Pharm et Apotex sont des ayants droit ou collaborent ou agissent de concert afin de tourner l'ordonnance rendue le 20 mars 1996 par madame le juge Reed. Pendant toute la période pertinente, Nu-Pharm et Apotex étaient des ayants droit ou ont collaboré ou agi de concert pour obtenir un avis de conformité pour les comprimés de naproxen à libération prolongée. Apotex a le contrôle légal ou de fait de Nu-Pharm, et a utilisé ce contrôle relativement à la lettre datée du 2 mai 1996 de Nu-Pharm. Apotex se sert de Nu-Pharm pour tourner ladite ordonnance du juge Reed. Les renseignements relatifs aux comprimés de naproxen à libération prolongée contenus dans la PDN de Nu-Pharm provenaient d'Apotex.</p> | <p>2</p> |
| <p>3</p> <p>In the affidavit filed on behalf of Nu-Pharm Inc., the deponent states:</p>   | <p>Dans l'affidavit déposé au nom de Nu-Pharm Inc., le déposant dit ce qui suit:</p>  | <p>3</p>   |  |          |

12. There is absolutely no substance to the assertion made by the Applicants in the within case that Nu-Pharm is a privy of Apotex and the assertion that Nu-Pharm in essence conspired with Apotex to avoid the result of the Order of Madam Justice Reed in Court File No. 1898-93 involving Apotex.

[TRADUCTION] 12. L'assertion des requérantes suivant laquelle Nu-Pharm est un ayant droit d'Apotex et celle que Nu-Pharm a comploté avec Apotex pour se soustraire à l'ordonnance rendue par madame le juge Reed dans le dossier portant le numéro de greffe 1898-93 relativement à Apotex, ne sont nullement fondées.

4 The Court of Appeal<sup>2</sup> has held that an application under section 6 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*<sup>3</sup> is not an ordinary action for infringement, but an application for judicial review governed by the 1600 rules [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)]. There is no opportunity for either party to have recourse to discovery, whether oral or documentary. There is no obligation on the respondent to produce any affidavit at all, but where either party files an affidavit there is, of course, opportunity for the opposite party to cross-examine thereon. Such cross-examination is far more limited in scope than examination for discovery and, apart from questions going to the witness' credibility, is limited to relevant matters arising from the affidavit itself.

4 La Cour d'appel<sup>2</sup> a statué qu'une demande fondée sur l'article 6 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*<sup>3</sup> n'est pas une action ordinaire en contrefaçon, mais plutôt une demande de contrôle judiciaire régie par la Règle 1600 et suivantes [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (éditées par DORS/92-43, art. 19)]. Il n'y a aucune possibilité pour les parties d'avoir recours à un interrogatoire préalable, que ce soit oralement ou à l'aide de documents. L'intimé n'est nullement tenu de produire des affidavits, mais lorsque l'une des parties dépose un affidavit, la partie adverse peut évidemment la contre-interroger sur celui-ci. La portée d'un tel contre-interrogatoire est beaucoup plus restreinte que celle d'un interrogatoire préalable et, sauf en ce qui concerne les questions portant sur la crédibilité du témoin, le contre-interrogatoire se limite aux questions pertinentes découlant de l'affidavit lui-même.

5 Here the applicants claim that the series of questions refused to be answered by the witness arise from the affidavit, which is itself a response to the allegations in the originating notice of motion. The applicants have alleged *res judicata* and estoppel. The deponent, in his affidavit, has denied that Nu-Pharm Inc. and Apotex are privies or have conspired to avoid an earlier order of this Court. The respondent claims that questions directed to the question of ownership, control, management or financial or commercial interests existing between Nu-Pharm Inc. and Apotex are not relevant to the issue of whether they are privies (or that privity exists between them) since the word "privies" has a very limited meaning, such as persons claiming by inheritance or assignment.

5 En l'espèce, les requérantes soutiennent que la série de questions auxquelles le témoin a refusé de répondre découlent de l'affidavit, qui a lui-même été produit en réponse aux allégations figurant dans l'avis de requête introductive d'instance. Les requérantes ont invoqué la chose jugée et la fin de non-recevoir. Dans son affidavit, le déposant a nié que Nu-Pharm Inc. et Apotex soient des ayants droit ou aient comploté pour se soustraire à une ordonnance antérieure de la Cour. L'intimée prétend que les questions relatives à la propriété, au contrôle, à l'administration ou aux intérêts commerciaux financiers existant entre Nu-Pharm Inc. et Apotex ne sont pas pertinentes pour la question de savoir si celles-ci sont des ayants droit (ou s'il y a entre elles un lien de droit) étant donné que le terme «ayant droit» a un sens très restreint, visant les personnes qui présentent une réclamation en vertu d'un héritage ou d'une cession.

6 I am not called upon to rule on the validity of the claim of *res judicata* or estoppel. I must consider

6 La Cour n'a pas à se prononcer sur la question de la validité du moyen fondé sur la chose jugée ou la

the meaning of the word "privies" in the third prong of the *res judicata* test to determine whether the questions put to the witness are relevant to matters arising from his affidavit.

7 The doctrine of *res judicata* is based on a presumption *juris et de jure*, one might even say a rule of public order, that the conclusion reached by the judge is true: *res judicata pro veritate habetur*. It is based not on the consent of one of the parties, as might be inferred from the fact that he did not appeal from the judgment, but upon the unimpeachable truth of the terms of that judgment, which, when it became absolute, could no longer be questioned. And that presumption of truth has been admitted as a bar to any further action between the same parties regarding the same matter, and to make it impossible for the parties to obtain contradictory judgments.<sup>4</sup>

8 *Res judicata* is also designated by the generic term estoppel *per rem judicatam*. This form of estoppel has two species. In *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248, Dickson J. (as he then was) wrote as follows [at pages 253-254]:

In earlier times *res judicata* in its operation as estoppel was referred to as estoppel by record, that is to say, estoppel by the written record of a court of record, but now the generic term more frequently found is estoppel *per rem judicatam*. This form of estoppel, as Diplock L.J. said in *Thoday v. Thoday* ([1964] P. 181), at p. 198, has two species. The first, "cause of action estoppel", precludes a person from bringing an action against another when that same cause of action has been determined in earlier proceedings by a court of competent jurisdiction. We are not here concerned with cause of action estoppel as the Minister's present claim that Mrs. Angle is indebted to Transworld in the sum of \$34,612.33 is obviously not the cause of action which came before the Exchequer Court in the s. 8(1)(c) proceedings. The second species of estoppel *per rem judicatam* is known as "issue estoppel", a phrase coined by Higgins J. of the High Court of Australia in *Hoystead v. Federal Commissioner of Taxation* ((1921), 29 C.L.R. 537), at p. 561:

fin de non-recevoir. Elle doit examiner le sens de l'expression «ayant droit» qui constitue le troisième élément du critère de la chose jugée pour déterminer si les questions posées au témoin sont pertinentes quant aux points que soulève son affidavit.

7 La doctrine de la chose jugée repose sur une présomption absolue (*juris et de jure*), on pourrait même dire sur une règle d'ordre public, suivant laquelle la conclusion tirée par le juge est exacte: *res judicata pro veritate habetur* (la chose jugée est tenue pour la vérité). Elle repose non pas sur le consentement de l'une des parties, que l'on pourrait déduire du fait qu'elle n'a pas interjeté appel du jugement, mais plutôt sur la vérité inattaquable des termes de ce jugement qui, lorsqu'il devient absolu, ne peut plus être remis en question. Cette présomption de vérité a été admise à titre de fin de non-recevoir aux actions ultérieures entre les mêmes parties relativement à la même cause d'action, et rend ainsi impossible pour les parties d'obtenir des jugements contradictoires<sup>4</sup>.

8 La chose jugée est également désignée par l'expression générale *per rem judicatam*. Cette forme de fin de non-recevoir est de deux sortes. Dans l'arrêt *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248, le juge Dickson (alors juge puîné) a écrit ce qui suit [aux pages 253 et 254]:

Anciennement, la chose jugée en tant que fin de non-recevoir (*estoppel*) était appelée *estoppel by record*, c'est-à-dire, une fin de non-recevoir de par l'effet des registres et procès-verbaux d'une cour d'archives, mais maintenant on emploie le plus souvent l'expression générique *estoppel per rem judicatam*. Cette forme de fin de non-recevoir, comme le Lord Juge Diplock l'a dit dans l'arrêt *Thoday v. Thoday* ([1964] P. 181), à la page 198,) est de deux sortes. Le premier, soit le «cause of action estoppel», empêche une personne d'intenter une action contre une autre lorsque la même cause d'action a déjà été décidée dans des procédures antérieures par un tribunal compétent. En l'espèce, nous n'avons pas à nous préoccuper du cause of action estoppel puisque l'allégation du Ministre selon laquelle M<sup>me</sup> Angle doit la somme de 34 612.33 \$ à Transworld, n'est évidemment pas la cause d'action dont la Cour de l'Échiquier a été saisie dans les procédures relatives à l'al. c) du par. (1) de l'art. 8. La deuxième sorte d'*estoppel per rem judicatam* est connue sous le nom d'*issue estoppel*, expression qui a été créée par le Juge Higgins de la Haute Cour d'Australie dans l'arrêt *Hoysted v. Federal Commissioner of Taxation* ((1921), 29 C.L.R. 537), à la p. 561:

I fully recognize the distinction between the doctrine of *res judicata* where another action is brought for the same cause of action as has been the subject of previous adjudication, and the doctrine of estoppel where, the cause of action being different, some point or issue of fact has already been decided (I may call it “issue-estoppel”).

Lord Guest in *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd.* (No. 2) ([1967] 1 A.C. 853), at p. 935, defined the requirements of issue estoppel as:

... (1) that the same question has been decided; (2) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and, (3) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies . . . .

9 Therefore, three identities must be present; the identity of the object; the identity of action and the identity of persons. As the two other identities, the identity of parties is a *sine qua non* condition.<sup>5</sup>

10 I need not concern myself with the identities of object and of action on this motion. I need only deal with the identity of parties, in which the notion of “privies” is relevant. I start with the observation that there is a dearth of authority<sup>6</sup> upon the question of who are “privies”.

11 In a leading text on the subject we read:<sup>7</sup>

A judicial decision *inter partes* operates as an estoppel, in favour of, and against, parties and privies only, not third persons or strangers.

...

Conversely, two persons distinct in name, but substantially identical in title and interest, constitute in law one and the same party for the purposes of estoppel by *res judicata*, as for all others.

...

[TRADUCTION] Je reconnais pleinement la distinction entre le principe de l'autorité de la chose jugée applicable lorsqu'une demande est intentée pour la même cause d'action que celle qui a fait l'objet d'un jugement antérieur, et cette théorie de la fin de non-recevoir qu'on applique lorsqu'il arrive que la cause d'action est différente mais que des points ou questions de fait ont déjà été décidés (laquelle je puis appeler théorie de l'«*issue-estoppel*»).

Lord Guest, dans l'arrêt *Carl Zeiss Stiftung c. Rayner & Keeler Ltd.* (No. 2) ([1967] 1 A.C. 853), à la p. 935, définit les conditions de l'«*issue estoppel*» comme exigeant:

[TRADUCTION] ... (1) que la même question ait été décidée; (2) que la décision judiciaire invoquée comme créant la fin de non-recevoir soit finale; et, (3) que les parties dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la fin de non-recevoir est soulevée, ou leurs ayants droit . . .

Par conséquent, trois éléments identiques doivent être présents: l'identité de l'objet, l'identité de l'action et l'identité des personnes. Comme les deux autres éléments, l'identité des parties est une condition *sine qua non*<sup>5</sup>.

10 Je n'ai pas à me préoccuper pour la présente requête de la question de l'identité de l'objet et de l'action. Je n'ai qu'à examiner la question de l'identité des parties, pour laquelle la notion d'ayant droit est pertinente. J'aimerais tout d'abord faire observer que peu de décisions<sup>6</sup> portent sur la question de savoir qui sont les «ayants droit».

11 Dans un ouvrage clé portant sur le sujet, nous trouvons ce qui suit<sup>7</sup>:

[TRADUCTION] Une décision judiciaire entre parties sert de fin de non-recevoir en faveur ou à l'encontre des parties et de leurs ayants droit seulement, et non à l'égard de tiers ou d'inconnus.

...

En revanche, deux personnes dont le nom est différent mais dont le titre et le droit sont essentiellement identiques constituent, du point de vue juridique, une seule et même partie pour la fin de non-recevoir découlant de la chose jugée.

...

“Persons”, for the purposes of the rules now under discussion, means an artificial, as well as a natural, person. It therefore comprises corporations, whether aggregate, or sole, such as the Crown, which can take advantage of, and is bound by, any estoppel *per rem judicatam*, as much as any of the Queen’s subjects.

- 12 Counsel for Nu-Pharm relied on the *Black’s Law Dictionary*,<sup>8</sup> the definition of “privy” which reads as follows:

A person who is in privy with another. One who is a partaker or has any part or interest in any action, matter, or thing. In connection with the doctrine of *res judicata*, one who, after the commencement of the action, has acquired an interest in the subject matter affected by the judgment through or under one of the parties, as by inheritance, succession, purchase or assignment. *Rhyn v. Miami-Dade Water and Sewer Authority*, Fla.App., 402 So.2d 54, 55. *See Insider; Privies; Privy.*

- 13 As an adjective, the word has practically the same meaning as “private”.

- 14 In my opinion, the present day notion of “privies” in the third prong of the *res judicata* doctrine goes beyond the examples given in *Black’s dictionary*.

- 15 In *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*,<sup>9</sup> Lord Guest wrote as follows:

The next requirement is that the judgment should have been between the same parties or their privies . . . . “Privies” have been described as those who are “privy to (the party) in estate or interest” (Spencer Bower on *Res Judicata*, p. 130). Before a person can be privy to a party there must be community or privy of interest between them . . . . It was argued for the respondents, although without clear authority in this country, that “privy” covers a person who is in control of proceedings. Reference was made to the American Restatement of the Law (Judgments) (1942), s. 84, where it is said that a person who is not a party but who controls an action is bound by the judgment as if he were a party if he has a proprietary or financial interest in the judgment as a privy. . . We were referred to a number of American cases dealing with privies. I am not prepared in this country to extend the doctrine to the extent which it apparently has reached in that country.

- 16 In *Roberge v. Bolduc*,<sup>10</sup> Madam Justice L’Heureux-Dubé wrote as follows:

Aux fins des règles sous étude, le terme «personne» s’entend aussi bien d’une personne morale que d’une personne physique. Il comprend donc les sociétés, regroupées ou uniques, telles la Couronne, qui peuvent profiter d’une fin de non-recevoir *per rem judicatam* ou sont liées par celle-ci, comme tous les autres sujets de la Reine.

- L’avocat de Nu-Pharm a invoqué la définition donnée dans le *Black’s Law Dictionary*<sup>8</sup> à l’expression «ayant droit» (*privy*):

[TRADUCTION] Une personne qui a un lien de droit avec une autre. Personne qui a une part ou un intérêt dans une action, une affaire ou une chose. En ce qui a trait à la doctrine de la chose jugée, personne qui, après le commencement d’une action, a acquis, par l’intermédiaire de l’une des parties, à titre de légataire, d’acheteur ou de cessionnaire, un intérêt sur l’objet visé par le jugement. *Rhyn v. Miami-Dade Water and Sewer Authority*, Fla.App., 402 So.2d 54, 55. *Voir Insider; Privies; Privy.*

- En anglais, lorsqu’employé comme adjectif, «*privy*» a pratiquement le même sens que «*private*».

- À mon avis, le concept actuel d’«ayant droit» dans le troisième volet de la doctrine de la chose jugée va plus loin que les exemples donnés dans le dictionnaire *Black’s*.

- Dans *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*<sup>9</sup>, lord Guest a écrit ce qui suit:

[TRADUCTION] La condition suivante est que le jugement doit avoir été rendu relativement aux mêmes parties ou à leurs ayants droit . . . Les «ayants droit» sont les personnes qui ont «un lien de droit (avec la partie) par titre ou en intérêt» (Spencer Bower on *Res Judicata*, p. 130). Pour qu’une personne puisse être l’ayant droit d’une partie, il doit y avoir communauté d’intérêt ou lien de droit entre celles-ci . . . Il a été allégué pour les intimées que, même s’il n’existe aucun précédent clair à cet égard dans ce pays, l’expression «ayant droit» vise une personne qui contrôle les procédures. Mention a été faite de *The American Restatement of the Law (Judgments)* (1942), art. 84, où il est dit qu’une personne qui n’est pas partie à une action mais qui contrôle celle-ci est liée par le jugement comme si elle avait été partie à l’action, si elle a un intérêt propriétaire ou financier dans le jugement en qualité d’ayant droit . . . On nous a signalé diverses décisions américaines concernant les ayants droit. Je ne suis pas disposé à accorder dans notre pays la portée qui est apparemment donnée à cette doctrine dans cet autre pays.

- Dans l’arrêt *Roberge c. Bolduc*<sup>10</sup>, M<sup>me</sup> le juge L’Heureux-Dubé a écrit ce qui suit:



This is not to say that the parties must be physically identical in both cases. It is the juridical identity of the parties that is required for the presumption of *res judicata* to apply, as Mignault, *op. cit.*, contends, at p. 110:

[TRANSLATION] And by identity of persons must be understood *legal* identity, not *physical* identity. (Emphasis in original.)

Nadeau and Ducharme, *op. cit.*, at No. 573, p. 472, emphasize this distinction:

[TRANSLATION] For *res judicata* there must be legal identity of the parties, not mere physical identity. The one may exist without the other. There is legal identity whenever one person represents another or is represented by him. (References omitted.)

The examples of representation by one party of another are too numerous to list or discuss here. Aubry and Rau, *op. cit.*, at pp. 335-56, review them in detail and even such review is not necessarily exhaustive. Representation may depend on the facts of the particular case and the interests of the parties involved. Suffice it to say that, for the identity of parties in so far as it relates to *res judicata*, juridical identity is all that is required.

Cela ne signifie pas que les parties doivent être physiquement identiques dans les deux cas. C'est l'identité juridique des parties qui est exigée pour l'application de la présomption de chose jugée, comme l'explique Mignault, *op. cit.*, à la p. 110:

Et par identité des personnes, il faut entendre l'identité *juridique* et non pas l'identité *physique*. (En italique dans l'original.)

Nadeau et Ducharme, *op. cit.*, au n° 573, p. 472, insistent sur cette distinction:

Pour la chose jugée, il faut l'identité juridique des parties et non leur simple identité physique. L'une peut exister sans l'autre. Il y a identité juridique chaque fois qu'une personne représente une autre personne ou est représentée par elle. (Références omises.)

Les exemples de représentation d'une partie par une autre sont trop nombreux pour être énumérés ou analysés ici. Aubry et Rau, *op. cit.*, aux pp. 335 à 356, les examinent en détail mais, même là, cet examen n'est pas nécessairement exhaustif. La représentation peut dépendre des faits de l'espèce et des intérêts des parties en cause. Qu'il suffise de dire que, en matière d'identité des parties aux fins de la chose jugée, l'identité juridique est tout ce qui est requis.

17 In an analysis of the relationship between two companies, one can look to the control one might exercise on the other. The notion of control is relevant between a parent company and subsidiary or affiliated companies. In *Buanderie centrale de Montréal Inc. v. Montreal (City)*; *Conseil de la santé et des services sociaux de la région de Montréal métropolitain v. Montreal (City)*,<sup>11</sup> Gonthier J. wrote as follows:

Additionally, in *Smith, Stone & Knight, Ltd. v. Birmingham Corp.*, [1939] 4 All E.R. 116 (K.B.), Atkinson J. came to the conclusion that a parent company could sue the persons responsible for damage caused to one of its subsidiaries. For the case at bar, and regardless of this latter conclusion, most relevant is the way in which the judge arrived at the finding that the subsidiary was not operating on its own account but solely as an integral part of the parent company's activities. To this end he consulted a number of decisions, all of which involved tax law, which needless to say is not without relevance to the case now before the Court. Using these decisions, he identified, at p. 121, six factors that could justify treating two corporations as one for tax purposes. I set them out below:

Dans l'analyse des liens entre deux compagnies, on peut examiner le contrôle que l'une de celles-ci pourrait exercer sur l'autre. La notion de contrôle est pertinente entre une société mère et ses filiales et sociétés affiliées. Dans l'arrêt *Buanderie centrale de Montréal Inc. c. Montréal (Ville)*; *Conseil de la santé et des services sociaux de la région de Montréal métropolitain c. Montréal (Ville)*<sup>11</sup>, le juge Gonthier a écrit ce qui suit:

Par ailleurs, dans *Smith, Stone & Knight, Ltd. c. Birmingham Corp.*, [1939] 4 All E.R. 116 (K.B.), le juge Atkinson en vient à la conclusion qu'une compagnie mère peut poursuivre les personnes responsables des dommages causés à l'une de ses filiales. En l'espèce, et indépendamment de cette dernière conclusion, l'accent est à mettre sur le cheminement emprunté par le juge pour en arriver à la constatation que la filiale n'opérait pas pour elle-même mais uniquement en tant que partie intégrante des activités de la compagnie mère. À cet effet, il consulte un certain nombre de décisions qui relèvent toutes du droit fiscal ce qui, il va sans dire, n'est pas sans intérêt pour le cas qui nous occupe. À l'aide de ces décisions, il identifie, à la p. 121, six facteurs qui justifient de traiter deux corporations comme une seule pour fins de taxation. Je les reproduis ci-dessous:

(1) Were the profits treated as the profits of the [parent] company?

(2) [W]ere the persons conducting the business appointed by the parent company?

(3) [W]as the [parent] company the head and the brain of the trading venture?

(4) [D]id the [parent] company govern the adventure, decide what should be done and what capital should be embarked on the venture?

(5) [D]id the [parent] company make the profits by its skill and direction?

(6) [W]as the [parent] company in effectual and constant control?

[TRADUCTION] (1) Les bénéfices étaient-ils considérés comme les bénéfices de la compagnie [mère]?

(2) [L]es personnes qui dirigeaient l'entreprise étaient-elles nommées par la compagnie mère?

(3) [L]a compagnie [mère] était-elle le cerveau dirigeant de l'initiative commerciale?

(4) [L]a compagnie [mère] dirigeait-elle l'initiative, décidait-elle de ce qui devait être fait et du capital à consacrer à l'initiative?

(5) [L]a compagnie [mère] réalisait-elle les bénéfices grâce à sa compétence et à ses directives?

(6) [L]a compagnie [mère] exerçait-elle une direction effective et continue?

18 Finally, I note *Aluminum Company of Canada Ltd. v. The Corporation of the City of Toronto*, [1944] S.C.R. 267, which this time clearly dealt with tax law, and the following passage from Rand J., at page 271, which illustrates the special relationship sought by the courts in order to justify treating two corporations as one for tax purposes:

By the decision of this Court in the case of *City of Toronto v. Famous Players' Canadian Corporation Ltd.* ([1936] S.C.R. 141), it is now settled that the business of one company can embrace the apparent or nominal business of another company where the conditions are such that it can be said that the second company is in fact the puppet of the first; when the directing mind and will of the former reaches into and through the corporate façade of the latter and becomes, itself, the manifesting agency. In such a case, it is not accurate to describe the business as being carried on by the puppet for the benefit of the dominant company. The business is in fact that of the latter. This does not mean, however, that for other purposes the subsidiary may not be the legal entity to be dealt with.

The question, then, in each case, apart from formal agency which is not present here, is whether or not the parent company is in fact in such an intimate and immediate domination of the motions of the subordinate company that it can be said that the latter has, in the true sense of the expression, no independent functioning of its own.

19 In light of the foregoing cases, a corporation may be regarded as the *alter ego* of another corporation when there is such a close relationship between them that what apparently concerns one actually pertains to the activities of the other. Undoubtedly a

Je souligne enfin l'affaire *Aluminum Company of Canada Ltd. v. The Corporation of the City of Toronto*, [1944] R.C.S. 267, qui, cette fois, relève clairement du droit fiscal, et dont l'extrait suivant du juge Rand, à la page 271, illustre la relation particulière que les tribunaux recherchent pour justifier l'assimilation de deux corporations à des fins de taxation:

[TRADUCTION] Notre Cour a établi, dans l'arrêt *City of Toronto c. Famous Players' Canadian Corporation Ltd.* ([1936] R.C.S. 141), que l'entreprise d'une compagnie peut englober l'entreprise apparente ou nominale d'une autre compagnie lorsque, dans les circonstances, on peut affirmer que la seconde compagnie est en fait entièrement subordonnée à la première et que l'âme dirigeante de la première pénètre le voile de la personnalité morale de la seconde pour devenir elle-même l'entité qui agit. Il est inexact en pareil cas de prétendre que la compagnie subordonnée exploite l'entreprise au profit de la compagnie dominante. L'entreprise est en réalité celle de cette dernière, ce qui ne veut toutefois pas dire que la filiale ne peut à d'autres fins être l'entité juridique avec qui il faut traiter.

La question dans chaque cas, hormis celui du mandat officiel dont il n'est pas question ici, est donc de savoir si la compagnie mère domine de façon tellement intime et directe les mouvements de la compagnie subordonnée que celle-ci ne peut à proprement parler être considérée comme fonctionnant indépendamment.

À la lumière des décisions précitées, une corporation peut être considérée comme l'*alter ego* d'une autre lorsqu'on retrouve entre celles-ci une relation si intime que ce qui, en apparence, relève des affaires de l'une appartient, en réalité, aux activités de

large number of factors can be identified to determine the existence of such a relationship: in my opinion, however, the one that is most explicit and most likely to cover all aspects of the concept is control.

l'autre. Un nombre important de facteurs peut certes être identifié pour déterminer l'existence d'une telle relation; à mon sens, toutefois, l'élément le plus explicite et le plus susceptible d'englober la réalité du concept est le contrôle.

20 It has been held that a trade relationship between two defendants is not a ground for holding that there was any privity of interest existing between them.<sup>12</sup>

Il a été statué que des relations commerciales entre deux défenderesses ne constituent pas un motif de conclure qu'il existe un lien de droit entre celles-ci<sup>12</sup>.

21 However, the courts have lifted or pierced the corporate veil in order to achieve justice.<sup>13</sup>

Toutefois, les tribunaux ont levé ou pénétré la voile de la personnalité juridique pour en arriver à rendre la justice<sup>13</sup>.

22 On cross-examination of the denial of privity, the applicants are entitled to examine the relationship between the two corporations to ascertain whether one corporation is the *alter ego* of the other or whether they should be treated as one.

Lors du contre-interrogatoire sur la négation de l'existence d'un lien de droit, les requérantes ont le droit d'examiner les liens entre les deux sociétés pour vérifier si l'une de celles-ci est l'*alter ego* de l'autre, ou si elles devraient être considérées comme une seule société.

23 I have therefore concluded that the questions are relevant and proper and must be answered.

Par conséquent, j'ai conclu que les questions sont pertinentes et appropriées, et qu'il faut y répondre.

24 There is a sub-set of questions dealing with the Naproxen cross-reference which arise out of paragraphs 3, 10 and 13 of the affidavit. They read as follows:

Les paragraphes 3, 10 et 13 de l'affidavit donnent lieu à un sous-ensemble de questions concernant le renvoi au naproxen. Ils sont ainsi rédigés:

3. In obtaining its Notices of Compliance, Nu-Pharm will either file its own, independent New Drug Submission, or alternatively, will cross-reference its New Drug Submission to that of another manufacturer that has already obtained a Notice of Compliance for the particular drug in use.

[TRADUCTION] 3. Pour obtenir ses avis de conformité, Nu-Pharm déposera sa propre présentation de drogue nouvelle ou, subsidiairement, fera un renvoi dans celle-ci à celle d'un autre fabricant qui a déjà obtenu un avis de conformité pour le médicament utilisé.

10. The Nu-Pharm submission for its Notice of Compliance for naproxen slow release tablets is a cross-referenced submission to the Apotex submission for naproxen slow release tablets, and indeed, as is evident from the formulation for the Nu-Pharm naproxen slow release tablets, it is the same as the Apotex formulation. Apotex will be manufacturing for Nu-Pharm its naproxen slow release tablets if, as and when Nu-Pharm obtains its Notice of Compliance.

10. La présentation de Nu-Pharm pour son avis de conformité relativement aux comprimés de naproxen à libération lente renvoie à la présentation d'Apotex pour les comprimés de naproxen à libération lente et, comme l'indique la formulation des comprimés de naproxen à libération lente de Nu-Pharm, il s'agit de la même formulation que celle d'Apotex. Apotex fabriquera pour Nu-Pharm ses comprimés de naproxen à libération lente si Nu-Pharm obtient son avis de conformité.

13. The Nu-Pharm arrangement with Apotex regarding naproxen slow release tablets is consistent with the ongoing and prior arrangement between Nu-Pharm and Apotex in respect of a number of other drug products. In every case, Nu-Pharm, in its own right, must apply for

13. L'entente intervenue entre Nu-Pharm et Apotex relativement aux comprimés de naproxen à libération lente est compatible avec l'entente préalable encore en vigueur conclue entre Nu-Pharm et Apotex relativement à un bon nombre d'autres produits pharmaceutiques. Dans chaque

and obtain its own Notice of Compliance. This is what it seeks to do with respect to naproxen slow release tablets.

25 Irrespective of my ruling on the questions concerning privies, the questions directed to this issue are relevant and proper and they must be answered by the witness.

26 The respondent, Nu-Pharm, is at liberty to apply to the Court for a protective order concerning any answers which may be given concerning the relationship between Nu-Pharm and Apotex which might disclose information of a confidential nature.

<sup>1</sup> A letter dated May 6, 1996, from Nu-Pharm purporting to be a notice of allegation in respect of naproxen sustained release tablets 750 mg.

<sup>2</sup> *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (F.C.A.), at p. 320.

<sup>3</sup> SOR/93-133.

<sup>4</sup> *Laferrière v. Gariépy* (1921), 62 S.C.R. 557, per Mignault J.

<sup>5</sup> *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; *Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 440; *Dumont Vins & Spiritueux Inc. v. Celliers du Monde Inc.*, [1992] 2 F.C. 634 (C.A.), per Décary J.A.

<sup>6</sup> *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.), at p. 936.

<sup>7</sup> Bower, George Spencer, *The Doctrine of Res Judicata*, London, Butterworths, 1969, at pp. 198, 204 and 207. (Second edition by the Right Honourable Sir Alexander Kingcome Turner).

<sup>8</sup> *Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, at p. 1200.

<sup>9</sup> [1967] 1 A.C. 853 (H.L.), at pp. 936-937.

<sup>10</sup> [1991] 1 S.C.R. 374, at pp. 410-411 and 413.

<sup>11</sup> [1994] 3 S.C.R. 29, at pp. 46-47.

<sup>12</sup> *Gleeson v. J. Wippell*, [1977] 1 W.L.R. 510 (Ch.D.).

<sup>13</sup> *Re a Company*, [1985] B.C.L.C. 333 (C.A.).

cas, Nu-Pharm, de son propre droit, doit présenter une demande afin d'obtenir son propre avis de conformité. C'est ce qu'elle essaie de faire relativement aux comprimés de naproxen à libération lente.

25 Indépendamment de ma décision sur les questions concernant les ayants droit, les questions portant sur ce point sont pertinentes et appropriées, et le témoin doit y répondre.

26 L'intimée, Nu-Pharm, peut présenter à la Cour une demande d'ordonnance préventive au sujet des réponses qui peuvent être données relativement aux liens qui existent entre Nu-Pharm et Apotex et qui pourraient contenir des renseignements de nature confidentielle.

<sup>1</sup> Une lettre datée du 6 mai 1996 de Nu-Pharm, constituant un avis d'allégation relativement aux comprimés de 750 mg de naproxen à libération prolongée.

<sup>2</sup> *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (C.A.F.), à la p. 320.

<sup>3</sup> DORS/93-133.

<sup>4</sup> *Laferrière v. Gariépy* (1921), 62 R.C.S. 557, le juge Mignault.

<sup>5</sup> *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440; *Dumont Vins & Spiritueux Inc. c. Celliers du Monde Inc.*, [1992] 2 C.F. 634 (C.A.), le juge d'appel Décary.

<sup>6</sup> *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.), à la p. 936.

<sup>7</sup> Bower, George Spencer, *The Doctrine of Res Judicata*, Londres, Butterworths, 1969, aux p. 198, 204 et 207. (Deuxième édition de sir Alexander Kingcome Turner).

<sup>8</sup> *Black's Law Dictionary*, 6<sup>e</sup> éd. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, à la p. 1200.

<sup>9</sup> [1967] 1 A.C. 853 (H.L.), aux p. 936 et 937.

<sup>10</sup> [1991] 1 R.C.S. 374, aux p. 410, 411 et 413.

<sup>11</sup> [1994] 3 R.C.S. 29, aux p. 46 et 47.

<sup>12</sup> *Gleeson v. J. Wippell*, [1977] 1 W.L.R. 510 (Ch.D.).

<sup>13</sup> *Re a Company*, [1985] B.C.L.C. 333 (C.A.).

IMM-9-97  
IMM-4898-96

IMM-9-97  
IMM-4898-96

**Emmanuel Solis** (*Applicant*)

**Emmanuel Solis** (*requérant*)

v.

c.

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

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

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

*RÉPERTORIÉ: SOLIS c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Gibson J.—Ottawa and Winnipeg (teleconference), March 6; Ottawa, March 19, 1997.

Section de première instance, juge Gibson—Ottawa et Winnipeg (téléconférence), 6 mars; Ottawa, 19 mars 1997.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Removal of permanent residents — Applicant in Canada since 1986 as refugee from Guatemala — Subsequently convicted of serious criminal offences — Application for discretionary stay of execution of removal order — Appeal from deportation order to Immigration and Refugee Board, Appeal Division outstanding when Minister's delegate issuing danger opinion — Immigration Act, s. 49(1)(b) providing where appeal filed with Appeal Division, execution of removal order stayed until appeal heard and disposed of or declared abandoned — Since neither condition fulfilled, statutory stay still in existence; no need for discretionary stay — Issuance of danger opinion not precluding Appeal Division from hearing, determining jurisdiction under s. 69.4(2) — Application of s. 49(1)(b) not dependent upon Appeal Division having jurisdiction over appeal — Statutory stay triggered by filing appeal, not by Appeal Division's jurisdiction.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Le requérant est au Canada depuis 1986 à titre de réfugié guatémaltèque—Il a par la suite été déclaré coupable d'infractions criminelles graves — Demande en vue d'obtenir un sursis discrétionnaire à l'exécution d'une mesure de renvoi — L'appel de la mesure d'expulsion présenté à la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié était en instance lorsque le représentant du ministre a exprimé l'avis de danger — Aux termes de l'art. 49(1)(b) de la Loi sur l'immigration, lorsqu'un appel est présenté à la section d'appel, il est sursis à l'exécution de la mesure de renvoi jusqu'à ce que la section d'appel ait entendu et réglé l'appel ou ait déclaré qu'il y a eu désistement d'appel — Comme aucune de ces conditions n'a été remplie, le sursis d'exécution d'origine législative continue de s'appliquer; aucun sursis d'exécution discrétionnaire n'est requis — La formulation d'un avis de danger n'empêche pas la section d'appel d'entendre et de trancher une question touchant la compétence que lui confère l'art. 69.4(2) — L'application de l'art. 49(1)(b) n'est pas subordonnée à la compétence de la section d'appel à l'égard de l'appel — C'est la présentation d'un appel et non la compétence de la section d'appel qui déclenche le sursis d'exécution d'origine législative.*

*Construction of statutes — Immigration Act, s. 49(1)(b) providing where appeal filed with Appeal Division, execution of removal order stayed until appeal heard and disposed of or declared abandoned — Statutory language conjunctive — Requiring appeal to be both heard and disposed of — Insufficient to merely "dispose" of appeal by Minister issuing "danger to the public" opinion — S. 49(1)(b) not leading to absurdity, repugnancy, inconsistency, requiring reading in — To adversely affect rights, legislature must do so expressly — Right not to have outstanding removal order executed where appeal therefrom filed not expressly abrogated.*

*Interprétation des lois — Aux termes de l'art. 49(1)(b) de la Loi sur l'immigration, lorsqu'un appel est présenté à la section d'appel, il est sursis à l'exécution de la mesure de renvoi jusqu'à ce que la section d'appel ait entendu et réglé l'appel ou ait déclaré qu'il y a eu désistement d'appel — Emploi d'une conjonction dans la version anglaise de la disposition — Il faut que la section d'appel entende et règle l'appel — Il ne suffit pas de simplement «régler» l'appel au moyen de la formulation par le ministre d'un «avis de danger pour le public» — L'art. 49(1)(b) ne conduit pas à une absurdité, à une incompatibilité ou à une contradiction qui obligerait à considérer cette disposition comme si elle contenait d'autres mots — Pour porter*

This was an application for a discretionary stay of the execution of a removal order pursuant to *Federal Court Act*, section 18.2. A conditional deportation order was issued against the applicant, a landed immigrant, who had been convicted of a number of serious criminal offences. He appealed the deportation order to the Immigration and Refugee Board, Appeal Division. No action had been taken in respect of that appeal when it was determined by the Minister's delegate that he constituted a danger to the public in Canada. The applicant filed an application for leave and for judicial review of that decision, which is still pending.

The issues were whether there is a statutory stay of execution of the deportation order pursuant to *Immigration Act*, paragraph 49(1)(b); and whether a discretionary stay should be granted.

*Held*, the application for a discretionary stay should be dismissed; the statutory stay remained in force, the appeal not having been heard.

A statutory stay existed pursuant to *Immigration Act*, paragraph 49(1)(b), which provides that where an appeal has been filed with the Appeal Division, the execution of a removal order is stayed until either: (1) the appeal has been heard and disposed of; or (2) the Appeal Division declares that the appeal has been abandoned. Neither of these conditions had been fulfilled. It was arguable that the issuance of the danger to the public opinion, in so far as it terminated the Appeal Division's jurisdiction, "disposed" of the appeal. But the statutory language is conjunctive with respect to the hearing and disposition of the appeal; it requires that the appeal be both heard and disposed of. The appeal had not been heard.

The issuance of a "danger to the public" opinion does not preclude the Appeal Division from hearing and determining its jurisdiction under subsection 69.4(2) (which gives the Appeal Division exclusive jurisdiction to determine questions relating to its jurisdiction). It is still open to the Appeal Division to "hear and dispose" of the appeal. There was no indefinite stay.

The application of paragraph 49(1)(b) is not dependent upon the Appeal Division having jurisdiction over the appeal. Pursuant to that paragraph, it is the filing of an appeal with the Appeal Division, and not the jurisdiction

*atteinte à des droits, il faut que le législateur le fasse de façon expresse — Le droit de bénéficiaire d'un sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi sur présentation d'un appel n'a pas été expressément abrogé.*

Il s'agissait d'une demande en vue d'obtenir un sursis discrétionnaire à l'exécution d'une mesure de renvoi qui a été présentée en application de l'article 18.2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Une mesure d'expulsion conditionnelle a été prise contre le requérant, un immigrant ayant obtenu le droit d'établissement, qui avait été reconnu coupable de plusieurs infractions criminelles graves. Il a interjeté appel de la mesure d'expulsion auprès de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Aucune mesure n'avait été prise à l'égard de cet appel lorsque le représentant du ministre a décidé que le requérant constituait un danger pour le public au Canada. Le requérant a présenté une demande d'autorisation et demande de contrôle judiciaire de cette décision, qui est encore en instance.

Les questions en litige étaient de savoir s'il existe un sursis d'origine législative à l'exécution de la mesure d'expulsion en vertu de l'alinéa 49(1)(b) de la *Loi sur l'immigration*; et si un sursis discrétionnaire devrait être accordé.

*Jugement*: la demande en vue d'obtenir un sursis discrétionnaire doit être rejetée; le sursis d'origine législative demeurait en vigueur puisque l'appel n'avait pas été entendu.

Un sursis d'origine législative s'appliquait vu l'alinéa 49(1)(b) de la *Loi sur l'immigration*, qui dispose que si un appel a été présenté à la section d'appel, il est sursis à la mesure de renvoi jusqu'à ce que la section d'appel ait rendu sa décision ou déclaré qu'il y a eu désistement d'appel. Aucune de ces conditions n'a été remplie. On pouvait soutenir que l'avis de danger pour le public qui a été exprimé, dans la mesure où il mettait fin à la compétence de la section d'appel, «réglaît» l'appel. Toutefois, vu la conjonction employée dans la version anglaise de cette disposition en ce qui a trait à l'audition et au règlement de l'appel, il faut que la section d'appel entende et règle l'appel. L'appel n'avait pas été entendu.

La formulation d'un «avis de danger pour le public» n'empêche pas la section d'appel d'entendre et de trancher une question touchant la compétence que lui confère le paragraphe 69.4(2) (qui confère à la section d'appel une compétence exclusive pour statuer sur des questions ayant trait à sa compétence). Il est encore loisible à la section d'appel «d'entendre et de régler» l'appel. Il n'y avait aucun sursis d'exécution indéfini.

L'application de l'alinéa 49(1)(b) n'est pas subordonnée à la compétence de la section d'appel à l'égard de l'appel. Aux termes de cette disposition, c'est la présentation d'un appel à la section d'appel, et non la compétence de la

of the Appeal Division, which triggers the statutory stay. The stay remains in force until either the appeal is heard and disposed of or the appeal is declared by the Appeal Division to be abandoned. Paragraph 49(1)(b) does not provide for the cessation of the statutory stay where a “danger to the public” opinion is issued. Had Parliament intended other limitations on the statutory stay, it could easily have expressed them.

Paragraph 49(1)(b), as it stands, does not lead to any absurdity, repugnancy, or inconsistency which would require the reading in of words such as “where the person against whom a deportation order was made has a right of appeal to the Appeal Division”, or “or the Appeal Division loses jurisdiction”.

In order to adversely affect a citizen’s right, the legislature must do so expressly. That principle should be extended to include the rights of a long-term resident. The clear and unequivocal right not to have an outstanding removal order executed where an appeal from the removal order to the Appeal Division has been filed, had not been specifically abrogated although it was undeniably open to the legislature to do so.

The application for a discretionary stay should be denied, the statutory stay remaining in effect. Alternatively, the applicant had failed to establish that he would face irreparable harm should he be deported to Guatemala and that the balance of convenience was in his favour.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*An Act to amend the Immigration Act and the Citizenship Act and to make a consequential amendment to the Customs Act*, S.C. 1995, c. 15, s. 15(3).

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.2 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(1)(d)(i) (as am. by S.C. 1992, c. 47, s. 78; c. 49, s. 16), 32.1(4) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 12), 46.01(1)(e)(iv) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 36; 1995, c. 15, s. 9), 49(1)(a) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 41), (b) (as am. *idem*), (1.1) (as am. *idem*), 53(1)(d) (as am. *idem*, s. 43; 1995, c. 15, s. 12), 69.4(2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18), 70(5) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13), 77(3) (as am. *idem*, s. 15).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Grand Trunk Pacific Railway Co. v. Dearborn* (1919), 58 S.C.R. 315; 47 D.L.R. 27; [1919] 1 W.W.R. 1005;

section d’appel, qui déclenche le sursis d’exécution d’origine législative. Le sursis reste en vigueur jusqu’à ce que la section d’appel ait rendu sa décision ou déclaré qu’il y a eu désistement d’appel. L’alinéa 49(1)(b) ne prévoit pas la cessation du sursis d’origine législative lorsqu’un «avis de danger pour le public» est exprimé. Si le législateur avait voulu que d’autres restrictions s’appliquent au sursis d’origine législative, il aurait facilement pu les prévoir.

L’alinéa 49(1)(b) dans sa rédaction actuelle ne conduit pas à une absurdité, à une incompatibilité ou à une contradiction qui exigerait qu’on présume l’emploi de mots comme «par la personne visée par une mesure d’expulsion — si elle a un droit d’appel devant la section d’appel» ou «ou cesse d’avoir compétence».

Pour porter atteinte aux droits d’un administré, il faut que le législateur le fasse expressément. Ce principe devrait s’appliquer aux droits d’un résident de longue date. Le droit clair et sans équivoque de bénéficier d’un sursis à l’exécution d’une mesure de renvoi sur présentation d’un appel de cette mesure à la section d’appel n’a pas été expressément abrogé même s’il était indéniablement loisible au législateur de le faire.

La demande de sursis discrétionnaire doit être rejetée puisque le sursis d’origine législative demeure en force. Subsidiairement, le requérant n’a pas démontré qu’il subirait un préjudice irréparable s’il était renvoyé au Guatemala, ni que la prépondérance des inconvénients le favorisait.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi modifiant la Loi sur l’immigration et la Loi sur la citoyenneté et modifiant la Loi sur les douanes en conséquence*, L.C. 1995, ch. 15, art. 15(3).

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.2 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

*Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1)(d)(i) (mod. par L.C. 1992, ch. 47, art. 78; ch. 49, art. 16), 32.1(4) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 12), 46.01(1)(e)(iv) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 36; 1995, ch. 15, art. 9), 49(1)(a) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 41), (b) (mod., *idem*), (1.1) (mod., *idem*), 53(1)(d) (mod., *idem*, art. 43; 1995, ch. 15, art. 12), 69.4(2) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18), 70(5) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13), 77(3) (mod., *idem*, art. 15).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Grand Trunk Pacific Railway Co. v. Dearborn* (1919), 58 R.C.S. 315; 47 D.L.R. 27; [1919] 1 W.W.R. 1005;

*Morguard Properties Ltd. et al. v. City of Winnipeg*, [1983] 2 S.C.R. 493; (1983), 3 D.L.R. (4th) 1; [1984] 2 W.W.R. 97; 25 Man. R. (2d) 302; 6 Admin. L.R. 206; 24 M.P.L.R. 219; 50 N.R. 264.

## DISTINGUISHED:

*Tsang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] F.C.J. No. 151 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*Wellesley Hospital v. Lawson*, [1978] 1 S.C.R. 893; (1978), 76 D.L.R. (3d) 688; 15 N.R. 271.

APPLICATION for a discretionary stay of execution of a removal order pursuant to *Federal Court Act*, section 18.2, where there was an outstanding appeal against the deportation order and a subsequent Ministerial opinion that the applicant constituted a danger to the Canadian public. Application dismissed because the statutory stay under *Immigration Act*, paragraph 49(1)(b) remained in effect.

## COUNSEL:

*David H. Davis* for applicant.  
*Mark G. Mason* for respondent.

## SOLICITORS:

*David Matas*, Winnipeg, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

1 GIBSON J.: These reasons arise out of an application by the applicant, Emmanuel Solis, for an order, pursuant to section 18.2 of the *Federal Court Act*,<sup>1</sup> staying the execution of a removal order issued against him. Removal was scheduled for March 6, 1997. This application was heard by way of a teleconference on that day. I dismissed the application. At the request of counsel for the respondent, I undertook to provide reasons. These are my reasons.

*Morguard Properties Ltd. et autres c. Ville de Winnipeg*, [1983] 2 R.C.S. 493; (1983), 3 D.L.R. (4th) 1; [1984] 2 W.W.R. 97; 25 Man. R. (2d) 302; 6 Admin. L.R. 206; 24 M.P.L.R. 219; 50 N.R. 264.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Tsang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] F.C.J. n° 151 (C.A.F.).

## DÉCISION CITÉE:

*Wellesley Hospital c. Lawson*, [1978] 1 R.C.S. 893; (1978), 76 D.L.R. (3d) 688; 15 N.R. 271.

DEMANDE en vue d'obtenir un sursis discrétionnaire à l'exécution d'une mesure de renvoi présentée en application de l'article 18.2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, dans le contexte d'un appel en instance à l'encontre de la mesure d'expulsion et de la formulation subséquente par le ministre d'un avis portant que le requérant constituait un danger pour le public au Canada. Demande rejetée parce que le sursis d'origine législative prévu à l'alinéa 49(1)b) de la *Loi sur l'immigration* demeurait en vigueur.

## AVOCATS:

*David H. Davis* pour le requérant.  
*Mark G. Mason* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*David Matas*, Winnipeg, pour le requérant  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

1 LE JUGE GIBSON: Les présents motifs se rapportent à une demande présentée par le requérant, Emmanuel Solis, afin d'obtenir une ordonnance fondée sur l'article 18.2 de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>1</sup> et tendant au sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi dont il a fait l'objet. La date du renvoi avait été fixée au 6 mars 1997. La présente demande a été entendue par voie de téléconférence ce jour-là. J'ai rejeté la demande. À la demande de l'avocat de l'intimé, je me suis engagé à fournir des motifs. Les voici.



- 2 The applicant, who was born on December 26, 1976, and his family, came to Canada in 1986 as refugees from Guatemala. On November 22, 1990 they were granted landed immigrant status. Since 1992, the applicant has been convicted of various criminal offences. In 1992, he was convicted of break and enter with intent. In 1993, he was convicted of robbery and possession of a weapon. In 1993, he was convicted of robbery and assault. In 1994, he was convicted of robbery, possession of a weapon and being unlawfully at large. In 1995, he was convicted of break, enter, and theft.
- Le requérant est né le 26 décembre 1976. Sa famille et lui sont entrés au Canada en 1986 à titre de réfugiés guatémaltèques. Le 22 novembre 1990, ils ont obtenu le statut d'immigrant ayant obtenu le droit d'établissement. Depuis 1992, le requérant a été reconnu coupable de plusieurs infractions criminelles. En 1992, il a été déclaré coupable d'introduction par effraction dans un dessein criminel. En 1993, il a été reconnu coupable de vol qualifié et de possession d'une arme. En 1993, il a été reconnu coupable de vol qualifié et de voies de fait. En 1994, il a été reconnu coupable de vol qualifié, de possession d'une arme et d'être illégalement en liberté. En 1995, il a été reconnu coupable d'introduction par effraction et de vol.
- 3 On the basis of the 1994 convictions, an inquiry was held before an immigration adjudicator (the adjudicator) on November 30, 1994. The adjudicator found the applicant to be a person described in subparagraph 27(1)(d)(i) of the *Immigration Act*<sup>2</sup> (the Act). On this basis, the adjudicator issued a conditional deportation order against the applicant pursuant to subsection 32.1(4) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 12] of the Act. The applicant filed an appeal to the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (the Appeal Division) against the deportation order. To date, no action has been taken by the Appeal Division in respect of the applicant's appeal.
- Par suite des déclarations de culpabilité prononcées en 1994, un arbitre de l'immigration (l'arbitre) a tenu une enquête le 30 novembre 1994. L'arbitre a conclu que le requérant relevait du cas visé au sous-alinéa 27(1)d(i) de la *Loi sur l'immigration*<sup>2</sup> (la Loi). Sur le fondement de cette conclusion, l'arbitre a pris une mesure d'expulsion conditionnelle contre le requérant en application du paragraphe 32.1(4) [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 12] de la Loi. Le requérant a interjeté appel de la mesure d'expulsion auprès de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la section d'appel). Jusqu'à ce jour, la section d'appel n'a pris aucune mesure à l'égard de l'appel du requérant.
- 4 By letter dated April 24, 1996, Citizenship and Immigration Canada informed the applicant that the respondent would be considering whether the applicant constitutes a danger to the public in Canada pursuant to subsection 70(5) [as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13] and subparagraph 46.01(1)(e)(iv) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 36; 1995, c. 15, s. 9] of the Act. The letter invited the applicant to make representations to the Minister. That letter was later replaced by another letter from Citizenship and Immigration Canada dated September 17, 1996. In the second letter, Citizenship and Immigration Canada informed the applicant that the respondent would be considering whether the applicant was a danger to the public in Canada pursuant to subsec-
- Dans une lettre en date du 24 avril 1996, Citoyenneté et Immigration Canada a avisé le requérant que l'intimé déterminerait si le requérant constitue un danger pour le public au Canada en application du paragraphe 70(5) [mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13] et du sous-alinéa 46.01(1)e(iv) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 36; 1995, ch. 15, art. 9] de la Loi. Cette lettre invitait le requérant à présenter des observations au ministre. Elle a ultérieurement été remplacée par une autre lettre en date du 17 septembre 1996 dans laquelle Citoyenneté et Immigration Canada avisait le requérant que l'intimé déterminerait si le requérant constitue un danger pour le public au Canada en application du paragraphe 70(5), du sous-alinéa 46.01(1)e(iv) et de l'alinéa 53(1)d

tion 70(5), subparagraph 46.01(1)(e)(iv) and paragraph 53(1)(d) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43; 1995, c. 15, s. 12] of the Act. The second letter disclosed the material that would be relied on by the Minister and provided the applicant with fifteen days from the date of receipt of the letter to submit representations.

[mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43; 1995, ch. 15, art. 12] de la Loi. La deuxième lettre mentionnait les documents que le ministre invoquerait et accordait au requérant un délai de quinze jours à compter de la date de réception de la lettre pour présenter des observations.

5 Representations were made by and on behalf of the applicant. On December 5, 1996, a delegate of the Minister determined that the applicant constitutes a danger to the public in Canada pursuant to subsection 70(5), subparagraph 46.01(1)(e)(iv) and paragraph 53(1)(d). On December 27, 1996 the applicant filed an application for leave and for judicial review of this decision. The application is still pending. The applicant's stay application, the subject of these reasons, was based on this application for judicial review and a second closely related application.

5 Des observations ont été présentées par le requérant et en son nom. Le 5 décembre 1996, un représentant du ministre a décidé que le requérant constitue un danger pour le public au Canada en application du paragraphe 70(5), du sous-alinéa 46.01(1)e)(iv) et de l'alinéa 53(1)d) de la Loi. Le 27 décembre 1996, le requérant a présenté une demande d'autorisation et demande de contrôle judiciaire de cette décision. Cette demande est encore en instance. La demande de sursis d'exécution du requérant, qui fait l'objet des présents motifs, est fondée sur cette demande de contrôle judiciaire et sur une deuxième demande connexe.

6 Counsel for the applicant argued that the applicant continues to enjoy a statutory stay of execution of the deportation order by virtue of paragraph 49(1)(b) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 41] of the Act. In the alternative, counsel urged that I grant a discretionary stay. He contended that there is a serious issue to be tried, that the applicant would face irreparable harm should he be deported back to Guatemala and that the balance of convenience favours the applicant. All of the applicant's support is here in Canada; he has no support, familial or otherwise, in Guatemala.

6 L'avocat du requérant a soutenu que le requérant continue de bénéficier d'un sursis d'origine législative à l'exécution de la mesure d'expulsion en application de l'alinéa 49(1)b) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 41] de la Loi. À titre subsidiaire, l'avocat m'a demandé d'accorder un sursis discrétionnaire. Il a prétendu qu'il existe une question sérieuse à trancher, que le requérant subirait un préjudice irréparable s'il était renvoyé au Guatemala et que la prépondérance des inconvénients favorise le requérant. Tout le soutien dont jouit le requérant est ici au Canada; celui-ci n'a aucun soutien, familial ou autre, au Guatemala.

7 Counsel for the respondent, relying on *Tsang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,<sup>3</sup> argued that the statutory stay under paragraph 49(1)(b) does not apply to the applicant because the issuance of the "danger to the public" opinion extinguished the jurisdiction of the Appeal Division in this matter. He further argued that a discretionary stay is not warranted on the facts of this case. He conceded that the applicant's application for leave and for judicial review gives rise to a serious triable issue. However, counsel for the respondent sub-

7 L'avocat de l'intimé a invoqué l'arrêt *Tsang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*<sup>3</sup> au soutien de l'affirmation selon laquelle le sursis d'origine législative prévu à l'alinéa 49(1)b) ne s'applique pas au requérant parce que la formulation de l'avis de «danger pour le public» a mis fin à la compétence de la section d'appel dans la présente espèce. Il a en outre soutenu qu'un sursis discrétionnaire n'est pas justifié vu les faits de l'espèce. Il a reconnu que la demande d'autorisation et demande de contrôle judiciaire soulève une question sérieuse à

mitted that there is no evidence of irreparable harm should the applicant be returned to Guatemala and that because of the applicant's criminal conduct, the balance of convenience favours the removal of the applicant.

8 I concluded that the applicant's application for a discretionary stay, pursuant to section 18.2 of the *Federal Court Act* should be dismissed on the basis that there already exists a statutory stay pursuant to paragraph 49(1)(b) of the Act. Alternatively, I was satisfied that the applicant had failed to establish that he would face irreparable harm should he be deported to Guatemala and that the balance of convenience was in his favour.

9 The Act provides for a statutory stay of execution of a removal order under subsection 49(1) which reads in part as follows:

49. (1) Subject to subsection (1.1), the execution of a removal order made against a person is stayed

(a) in any case where the person against whom the order was made has a right of appeal to the Appeal Division, at the request of that person until the time provided for the filing of the appeal has elapsed;

(b) in any case where an appeal from the order has been filed with the Appeal Division, until the appeal has been heard and disposed of or has been declared by the Appeal Division to be abandoned.

Subsection 49(1.1) reads:

49. . . .

(1.1) Subsection (1) does not apply to

(a) a person residing or sojourning in the United States or St. Pierre and Miquelon who is the subject of a report made pursuant to paragraph 20(1)(a); or

(b) a person who has been determined to be not eligible to make a claim to be a Convention refugee by reason of paragraph 46.01(1)(b) and who is to be removed to a country with which the Minister has entered into an agreement under section 108.1 for sharing the responsibility for examining refugee claims.

10 The language of the opening words of subsection 49(1) and paragraph (b) of that subsection is clear.

trancher. Toutefois, il a affirmé que rien ne permet de conclure que le requérant subirait un préjudice irréparable s'il était renvoyé au Guatemala et qu'en raison de la conduite criminelle de ce dernier, la prépondérance des inconvénients favorise son renvoi.

8 Je suis arrivé à la conclusion que la demande de sursis d'exécution discrétionnaire présentée par le requérant en application de l'article 18.2 de la *Loi sur la Cour fédérale* devrait être rejetée parce que le requérant bénéficie déjà du sursis d'origine législative prévu à l'alinéa 49(1)(b) de la Loi. Par ailleurs, le requérant ne m'a pas convaincu qu'il subirait un préjudice irréparable s'il était renvoyé au Guatemala ni que la prépondérance des inconvénients le favorisait.

9 Le paragraphe 49(1) de la Loi prévoit un sursis d'origine législative à l'exécution d'une mesure de renvoi. Cette disposition est ainsi libellée:

49. (1) Sauf dans les cas mentionnés au paragraphe (1.1), il est sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi:

a) à la demande de l'intéressé—s'il a un droit d'appel devant la section d'appel—jusqu'à l'expiration du délai de présentation de l'appel;

b) en cas d'appel, jusqu'à ce que la section d'appel ait rendu sa décision ou déclaré qu'il y a eu désistement d'appel;

Le paragraphe 49(1.1) dispose:

49. . . .

(1.1) Le sursis d'exécution ne s'applique pas dans les cas suivants:

a) l'intéressé fait l'objet du rapport prévu à l'alinéa 20(1)(a) et réside ou séjourne aux États-Unis ou à Saint-Pierre-et-Miquelon;

b) la revendication a été jugée irrecevable au titre de l'alinéa 46.01(1)(b) et l'intéressé doit être renvoyé dans un pays avec lequel le ministre a conclu un accord en vertu de l'article 108.1 en vue du partage de la responsabilité de l'examen des revendications du statut de réfugié au sens de la Convention.

10 Le libellé du préambule du paragraphe 49(1) et de l'alinéa b) de cette disposition est clair. Si un appel

Where an appeal has been filed with the Appeal Division, the deportation order is stayed until either: (1) the appeal is heard and disposed of; or (2) the Appeal Division declares that the appeal has been abandoned. Neither of these conditions has been fulfilled. It is arguable that the issuance of the “danger to the public” opinion, in so far as it terminates the Appeal Division’s jurisdiction, “disposes” of the appeal. However, the statutory language is conjunctive with respect to the hearing and disposition of the appeal; it requires both that the appeal be “heard” and that the appeal be “disposed of”. In this case the appeal certainly was not “heard”. Therefore, whether or not it has been “disposed of”, by reason of the decision in *Tsang*, is not dispositive. In the result, the statutory stay remains in effect.

- 11 In *Tsang*, the Court of Appeal was faced with the interpretation of subsection 15(3) of *An Act to amend the Immigration Act and the Citizenship Act and to make a Consequential Amendment to the Customs Act*<sup>4</sup> (Bill C-44), being a transitional provision for “danger to the public” opinions under subsection 77(3) [as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 15] of the Act. The certified question before the Court was as follows [at paragraph 7]:

When an appeal is made by a sponsor to the Immigration Appeal Division (“IAD”) prior to July 10, 1995, with respect to a sponsoree who is inadmissible pursuant to s. 19(1)(c), (c.1), (c.2) or (d) of the *Immigration Act*, and the hearing before the IAD has commenced after July 10, 1995, does the effect of the Minister issuing a “danger to the public” opinion extinguish the sponsor’s right of appeal pursuant to s. 77(3.01) of the Act and s. 15(3) of Bill C-44 and thereby terminate the jurisdiction of the IAD with respect to the appeal?

Marceau J.A., writing for the Court, on the basis of his interpretation of subsection 15(3), answered the above question in the affirmative. The implication of this holding is that the issuance of a “danger to the public” opinion terminates the jurisdiction of the Appeal Division, at least in the circumstances there under consideration.

a été présenté à la section d’appel, il est sursis à la mesure d’expulsion jusqu’à ce que la section d’appel ait rendu sa décision ou déclaré qu’il y a eu désistement d’appel. Aucune de ces conditions n’a été remplie. On peut soutenir que l’avis de «danger pour le public», dans la mesure où il met fin à la compétence de la section d’appel, règle l’appel. Toutefois, vu la conjonction employée dans la version anglaise de cette disposition en ce qui a trait à l’audition et au règlement de l’appel, il faut que la section d’appel entende et règle l’appel. En l’espèce, l’appel n’a certainement pas été entendu. Par conséquent, la question de savoir s’il a ou non été réglé, en raison de la décision rendue dans l’affaire *Tsang*, n’est pas décisive. Tout compte fait, le sursis d’origine législative demeure en vigueur.

- Dans l’affaire *Tsang*, la Cour d’appel s’est penchée sur l’interprétation du paragraphe 15(3) de la *Loi modifiant la Loi sur l’immigration et la Loi sur la citoyenneté et modifiant la Loi sur les douanes en conséquence*<sup>4</sup> (le projet de loi C-44), qui est une disposition transitoire concernant les avis de «danger pour le public» prévus au paragraphe 77(3) [mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 15] de la Loi. La question certifiée qui a été soumise à la Cour est la suivante [au paragraphe 7]:

Lorsqu’un appel est interjeté avant le 10 juillet 1995 par un répondant devant la section d’appel de l’immigration («la SAI») relativement à une personne parrainée qui appartient à l’une des catégories non admissibles prévues aux alinéas 19(1)c), c.1) ou d) de la *Loi sur l’immigration*, et que l’audience de la SAI a commencé après le 10 juillet 1995, le fait que le ministre a exprimé l’avis que la personne parrainée constitue un danger pour le public éteint-il le droit d’appel que possède le répondant en vertu des par. 77(3) de la *Loi* et 15(3) du projet de loi C-44 et met-il ainsi fin à la compétence de la SAI à l’égard de l’appel?

Le juge Marceau, J.C.A., qui a rédigé les motifs de la Cour, a répondu à cette question par l’affirmative compte tenu de son interprétation du paragraphe 15(3). La conséquence de cette décision est que la formulation d’un avis de «danger pour le public» met fin à la compétence de la section d’appel, du moins dans les circonstances qui ont été examinées dans cette affaire.

12 Counsel for the respondent submits that *Tsang* supports the proposition that, because the issuance of a “danger to the public” opinion terminates the Appeal Division’s jurisdiction to entertain an appeal, paragraph 49(1)(b) cannot apply to continue a stay in favour of the applicant. He submits that the appeal that existed before the Appeal Division prior to the issuance of “the danger to the public” opinion no longer exists and the Appeal Division cannot hear and, dispose of, or declare abandoned, the applicant’s appeal. To decide otherwise would be to grant an indefinite stay as the appeal could never be heard and, disposed of or declared abandoned as the Appeal Division is without jurisdiction to do so.

13 I cannot agree. First, the application of paragraph 49(1)(b) was not before the Court of Appeal in *Tsang*. Although the implication of *Tsang* is that the issuance of the “danger to the public” opinion terminates the Appeal Division’s jurisdiction over the appeal, Marceau J.A. did not go so far as to say that in such circumstances, the Appeal Division would be precluded from determining its own jurisdiction pursuant to subsection 69.4(2) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18] of the Act. In respect of subsection 69.4(2), he commented [at paragraphs 8-9]:

In a recent decision of the Appeal Division, *Watson v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, May 21, 1996, T94-07075—on which counsel were invited to comment as a preliminary issue—a doubt was raised as to the validity of the question here certified by the motions judge. The author of the decision suggested that the application in the Trial Division was concerned with the validity of the Minister’s opinion in the circumstances of the case, not with the consequence of its issuance on the sponsorship proceedings. The question as formulated was not before the motions judge, as required by section 83 of the Act, and in fact could not be, since subsection 69.4(2) of the Act reserves to the Appeal Division “exclusive jurisdiction” to determine questions relating to its jurisdiction:

L’avocat de l’intimé soutient que l’arrêt *Tsang* appuie l’argument selon lequel l’alinéa 49(1)(b) ne peut pas s’appliquer pour maintenir le sursis d’exécution accordé au requérant parce que la formulation d’un avis de «danger pour le public» met fin à la compétence de la section d’appel pour entendre un appel. Selon l’avocat, l’appel qui a été présenté à la section d’appel avant la formulation de l’avis de «danger pour le public» n’existe plus et la section d’appel ne peut pas entendre et régler l’appel du requérant, ni déclarer qu’il y a eu désistement d’appel. Statuer autrement reviendrait à accorder un sursis d’exécution indéfini étant donné que l’appel ne pourrait jamais être entendu ni réglé, ou que la section d’appel ne pourrait jamais déclarer qu’il y a eu désistement d’appel vu qu’elle n’a pas compétence pour le faire.

Je ne puis être d’accord avec l’avocat de l’intimé. Premièrement, la Cour d’appel n’a pas examiné l’application de l’alinéa 49(1)(b) dans l’affaire *Tsang*. Bien que cette décision ait pour conséquence que la formulation d’un avis de «danger pour le public» met fin à la compétence de la section d’appel à l’égard de l’appel, le juge Marceau n’est pas allé jusqu’à dire que, dans des circonstances semblables, la section d’appel serait dans l’impossibilité de se prononcer sur sa propre compétence en vertu du paragraphe 69.4(2) [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18] de la Loi. Voici les remarques qu’il a faites sur ce paragraphe [aux paragraphes 8 et 9]:

Dans un arrêt récent de la Section d’appel de notre Cour, l’arrêt *Watson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 21 mai 1996, dossier n° T94-07075—au sujet duquel les avocats ont été invités à formuler leurs observations à titre de question préliminaire—un doute a été soulevé au sujet de la validité de la question que le juge des requêtes a certifiée en l’espèce. L’auteur de la décision a laissé entendre que la Section de première instance s’était préoccupée de la validité de l’avis du ministre eu égard aux circonstances de l’affaire, et non des conséquences de sa formulation sur la procédure de parrainage. Telle qu’elle était formulée, cette question n’était pas soumise au juge des requêtes, comme l’exigeait l’article 83 de la Loi, et en fait, elle ne pouvait l’être, étant donné que le paragraphe 69.4(2) de la Loi réserve à la section d’appel la «compétence exclusive» pour trancher les questions se rapportant à sa compétence:

12

13

69.4 (2) The Appeal Division has, in respect of appeals made pursuant to sections 70, 71 and 77, sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of law and fact, including questions of jurisdiction, that may arise in relation to the making of a removal order or the refusal to approve an application for landing made by a member of the family class.

In my respectful opinion, the point raised by the Appeal Division member is ill-taken. There is simply no distinction between the so-called “validity” of the Minister’s opinion as “to the time and the circumstances in which it was issued”—the issue as presented in the review application—and its effect on the jurisdiction of the Appeal Division—which is obviously how the judge saw the application and disposed of it. The “validity” of the Minister’s opinion is necessarily dependant [*sic*] on its consequence; it will be said to be “valid” if it produces the only thing it is meant to produce, i.e. if it extinguishes the appeal, the sole purpose of the ministerial power. On the other hand, the use by Parliament of the phrase “exclusive jurisdiction” in subsection 69.4(2) of the Act certainly has significance and mandates deference to the view of the Appeal Division when what is involved is a question of interpretation of the general scheme of the Act, as in the case of *Canada (Solicitor General) v. Kainth* (F.C.A.), (1994) 170 N.R. 367. However, it cannot be understood as restraining the constitutional power and duty of the Court to dispose of a question of construction of a specific legislative provision establishing the jurisdiction of a tribunal by requiring that the views of the tribunal be sought first.

In my view, the above comments by Marceau J.A. stand for the proposition that subsection 69.4(2) does not have the effect of restraining the Court from disposing of a question concerning the Appeal Division’s jurisdiction without first allowing the Appeal Division the opportunity to deal with that question. It does not stand for the proposition that the issuance of a “danger to the public” opinion has the effect of precluding the Appeal Division from hearing and determining its jurisdiction under subsection 69.4(2). Granted, any determination by the Appeal Division concerning its jurisdiction would have to be in accordance with the pronouncements of this Court. Nonetheless, it is still open to the Appeal Division to “hear and dispose” of the applicant’s appeal. Thus, counsel’s argument regarding an indefinite stay being granted by virtue of para-

69.4 (2) La section d’appel a compétence exclusive, dans le cas des appels visés aux articles 70, 71 et 77, pour entendre et juger sur des questions de droit et de fait—y compris en matière de compétence—relativement à la prise d’une mesure de renvoi ou au rejet d’une demande de droit d’établissement présentée par un parent.

À mon humble avis, le doute soulevé par le membre de la section d’appel n’est pas justifié. Il n’y a tout simplement aucune distinction à faire entre, d’une part, ce qu’on est convenu d’appeler la «validité» de l’avis du ministre compte tenu du «moment où il a été exprimé et [d]es circonstances dans lesquelles il l’a été»—la question présentée dans la demande de contrôle—et, d’autre part, les conséquences de cet avis sur la compétence de la section d’appel—la question que, de toute évidence, le juge a perçue dans la demande et à laquelle il a répondu. La «validité» de l’avis du ministre dépend nécessairement de ses conséquences; on dira qu’il est «valide» s’il produit la seule chose qu’il est censé produire, c’est-à-dire s’il éteint l’appel, le seul objet du pouvoir du ministre. En revanche, l’emploi par le législateur fédéral de l’expression «compétence exclusive» au paragraphe 69.4(2) de la Loi n’est certainement pas sans importance et nous oblige à faire preuve de déférence envers l’opinion de la section d’appel lorsque la question en litige est une question d’interprétation de l’économie générale de la Loi, comme dans l’affaire *Canada (Solliciteur général) c. Kainth*, (C.A.F.), (1994) 170 N.R. 367. On ne peut toutefois conclure que cette expression restreint le pouvoir et l’obligation constitutionnels de la Cour de trancher une question d’interprétation d’une disposition législative déterminée qui définit la compétence d’un tribunal administratif en exigeant que l’on cherche d’abord à obtenir l’opinion de ce tribunal.

À mon avis, les remarques faites par le juge Marceau dans l’extrait précité veulent dire que le paragraphe 69.4(2) n’a pas pour effet d’empêcher la Cour de trancher une question relative à la compétence de la section d’appel si cette dernière n’a pas d’abord eu la possibilité de se prononcer sur cette question. Ces remarques ne veulent pas dire que la formulation d’un avis de «danger pour le public» a pour effet d’empêcher la section d’appel d’entendre et de trancher une question touchant la compétence que lui confère le paragraphe 69.4(2). Il faut admettre qu’une décision de la section d’appel concernant sa compétence devrait être compatible avec les décisions de la présente Cour. Néanmoins, il est encore loisible à la section d’appel d’entendre et de régler l’appel du requérant. Par conséquent, l’argument de l’avocat de l’intimé selon lequel un sursis d’exécu-

graph 49(1)(b) cannot be sustained.

14 Secondly, counsel's argument rests on the erroneous assumption that the application of paragraph 49(1)(b) is dependent upon the Appeal Division having jurisdiction over the appeal. This assumption is not supported by the language of paragraph 49(1)(b). Pursuant to that paragraph, it is the filing of an appeal with the Appeal Division, and not the jurisdiction of the Appeal Division, which triggers the statutory stay. The stay remains in force until either: (1) the appeal is heard and disposed of; or (2) the appeal is declared by the Appeal Division to be abandoned. Paragraph 49(1)(b) does not provide for the cessation of the statutory stay where a "danger to the public" opinion is issued. Had Parliament intended that the application of the statutory stay under paragraph 49(1)(b) be confined to situations where the person against whom a removal order was made has a right of appeal to the Appeal Division or where a "danger to the public" opinion had not been issued, it could have easily done so. In fact, Parliament has expressly broadened the application of paragraph 49(1)(b), by contrast with paragraph 49(1)(a) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 41]. In paragraph 49(1)(a), there is a qualification that the person in question must have a right of appeal to the Appeal Division. There is no such qualification under paragraph 49(1)(b). At the same time, all of subsection 49(1) is subject to subsection 49(1.1), which excludes the application of subsection 49(1) in certain specified situations. However, subsection 49(1.1) does not extend to the situation where the Appeal Division has lost jurisdiction by virtue of the issuance of a "danger to the public" opinion.

15 Thirdly, in order for me to reach the conclusion urged by counsel for the respondent, I would have to read in the words "where the person against whom a deportation order was made has a right of appeal to the Appeal Division" at the beginning of paragraph 49(1)(b), the words "or the Appeal Division loses jurisdiction" at the end of that paragraph, or similar words to that effect. Alternatively, I

tion indéfini serait accordé en raison de l'alinéa 49(1)b est mal fondé.

Deuxièmement, l'argument de l'avocat de l'intimé repose sur une hypothèse erronée, à savoir que l'application de l'alinéa 49(1)b est subordonnée à la compétence de la section d'appel à l'égard de l'appel. Le libellé de l'alinéa 49(1)b ne confirme pas cette hypothèse. Aux termes de cette disposition, c'est la présentation d'un appel à la section d'appel, et non la compétence de la section d'appel, qui déclenche le sursis d'exécution d'origine législative. Le sursis reste en vigueur jusqu'à ce que la section d'appel ait rendu sa décision ou déclaré qu'il y a eu désistement d'appel. L'alinéa 49(1)b ne prévoit pas la cessation du sursis d'origine législative lorsqu'un avis de «danger pour le public» est exprimé. Si le législateur avait voulu que l'application du sursis prévu à l'alinéa 49(1)b se limite aux situations dans lesquelles la personne visée par une mesure de renvoi a un droit d'appel devant la section d'appel ou aux situations dans lesquelles aucun avis de «danger pour le public» n'a été exprimé, il aurait facilement pu le prévoir. En réalité, le législateur a expressément élargi l'application de l'alinéa 49(1)b, par opposition à celle de l'alinéa 49(1)a [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 41]. Aux termes de l'alinéa 49(1)a, le sursis d'exécution s'applique à condition que l'intéressé ait un droit d'appel devant la section d'appel. L'alinéa 49(1)b ne renferme aucune condition semblable. Par ailleurs, le paragraphe 49(1) tout entier est subordonné au paragraphe 49(1.1), qui exclut l'application du paragraphe 49(1) dans certaines situations précises. Toutefois, le paragraphe 49(1.1) ne vise pas la situation dans laquelle la section d'appel a cessé d'avoir compétence en raison de la formulation d'un avis de «danger pour le public».

Troisièmement, pour que je parvienne à la conclusion préconisée par l'avocat de l'intimé, il faudrait que je présume l'emploi des mots «par la personne visée par une mesure d'expulsion—si elle a un droit d'appel devant la section d'appel» au début de l'alinéa 49(1)b et des mots «ou cesse d'avoir compétence» à la fin de cet alinéa, ou quelque chose de ce genre. Subsidiairement, il faudrait que je considère

would have to read in words to subsection 49(1.1) to exclude from the ambit of subsection 49(1), persons who have lost their right of appeal to the Appeal Division because of the issuance of a “danger to the public” opinion. I decline to do so. In *Grand Trunk Pacific Railway Co. v. Dearborn*,<sup>5</sup> Chief Justice Davies laid down the general principle governing the reading in or deletion of statutory language. He states at pages 320-321:

I cannot admit the right of the courts where the language of a statute is plain and unambiguous to practically amend such statute either by eliminating words or inserting limiting words unless the grammatical and ordinary sense of the words as enacted leads to some absurdity or some repugnance or inconsistency with the rest of the enactment, and in those cases only to the extent of avoiding that absurdity, repugnance and inconsistency.

This principle was reiterated by the Supreme Court of Canada in *Wellesley Hospital v. Lawson*.<sup>6</sup>

16 I am not persuaded that the application of paragraph 49(1)(b), as it stands, leads to any absurdity, repugnancy or inconsistency which would require me to read in words.

17 Finally, in *Morguard Properties Ltd. et al. v. City of Winnipeg*<sup>7</sup> Mr. Justice Estey, speaking for the Court, wrote:

In more modern terminology the courts require that, in order to adversely affect a citizen's right, whether as a taxpayer or otherwise, the Legislature must do so expressly. Truncation of such rights may be legislatively unintended or even accidental, but the courts must look for express language in the statute before concluding that these rights have been reduced. This principle of construction becomes even more important and more generally operative in modern times because the Legislature is guided and assisted by a well-staffed and ordinarily very articulate Executive. The resources at hand in the preparation and enactment of legislation are such that a court must be slow to presume oversight or inarticulate intentions when the rights of the citizen are involved. The Legislature has complete control of the process of legislation, and when it has not for any reason clearly expressed itself, it has all the resources available to correct that inadequacy of expression. This is more true today than

le paragraphe 49(1.1) comme incluant des mots qui excluent du champ d'application du paragraphe 49(1) les personnes qui ont perdu leur droit d'appel devant la section d'appel à cause de la formulation d'un avis de «danger pour le public». Je refuse de le faire. Dans l'affaire *Grand Trunk Pacific Railway Co. v. Dearborn*<sup>5</sup>, le juge en chef Davies a établi le principe général qui régit l'introduction ou le retranchement de termes dans une disposition. Il a déclaré aux pages 320 et 321:

[TRADUCTION] Lorsque les termes d'une loi sont clairs et dépourvus d'ambiguïté, je ne peux admettre que les tribunaux aient le droit de la modifier pratiquement soit en retranchant des mots, soit en apportant des restrictions, à moins que le sens grammatical et ordinaire du texte édicté conduise à quelque absurdité, ou à quelque incompatibilité ou contradiction avec les autres dispositions de la loi et, en ce cas, seulement dans la mesure nécessaire pour éviter cette absurdité, incompatibilité ou contradiction.

La Cour suprême du Canada a réitéré ce principe dans l'arrêt *Wellesley Hospital c. Lawson*.<sup>6</sup>

Je ne suis pas convaincu que l'application de l'alinéa 49(1)b) dans sa rédaction actuelle conduit à une absurdité, à une incompatibilité ou à une contradiction qui m'obligerait à considérer cette disposition comme si elle contenait d'autres mots.

Enfin, dans l'arrêt *Morguard Properties Ltd. et autres c. Ville de Winnipeg*<sup>7</sup>, le juge Estey, qui prononçait les motifs au nom de la Cour, a déclaré:

En langage plus moderne, pour porter atteinte aux droits d'un administré, que ce soit à titre de contribuable ou à un autre titre, les tribunaux exigent que le législateur le fasse de façon expresse. La diminution de ces droits peut ne pas avoir été législativement voulue ou même être accidentelle, mais les cours doivent trouver dans la loi des termes exprès pour conclure que ces droits ont été diminués. Ce principe d'interprétation s'impose et s'applique d'autant plus aujourd'hui que les législatures profitent de l'aide et des directives d'un conseil exécutif bien pourvu de personnel et ordinairement très averti. Les moyens disponibles pour rédiger et promulguer les lois sont tels qu'une cour doit être réticente à présumer l'oubli ou des intentions inarticulées lorsque les droits des administrés sont en cause. La législature a la maîtrise complète du processus législatif et si elle ne s'est pas exprimée clairement pour un motif quelconque, elle possède tous les moyens de corriger cette déficience d'expression. Cela est encore plus



ever before in our history of parliamentary rule.

18 I am satisfied that the same can be said with regard to adverse effects on rights of long-term residents of Canada, such as the applicant. Equally, I am satisfied that the passage applies to failure to truncate rights where that failure may have been legislatively accidental or a mere oversight. Here, there can be no question that the respondent would have the Court truncate a clear and unequivocal right, the right not to have an outstanding removal order executed where an appeal from the removal order to the Appeal Division has been filed, absent very specific statutory conditions. I am satisfied that that right has not been specifically truncated where it was undeniably open to the legislature to do so.

19 Thus, as I concluded there is a statutory stay in place, I declined to exercise my jurisdiction to grant a discretionary stay pursuant to section 18.2 of the *Federal Court Act*, even if I were otherwise persuaded to do so, which, as indicated earlier, I was not.

20 For the foregoing reasons, the application for a stay of execution of the deportation order against the applicant was dismissed.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by S.C. 1992, c. 47, s. 78; c. 49, s. 16).

<sup>3</sup> [1997] F.C.J. No. 151 (F.C.A.).

<sup>4</sup> S.C. 1995, c. 15 (in force, July 10, 1995).

<sup>5</sup> (1919), 58 S.C.R. 315.

<sup>6</sup> [1978] 1 S.C.R. 893.

<sup>7</sup> [1983] 2 S.C.R. 493, at p. 509.

vrai aujourd'hui qu'à toute autre époque de l'histoire de notre régime parlementaire.

Je suis convaincu qu'il en va de même pour les atteintes aux droits de résidents canadiens de longue date comme le requérant. Par ailleurs, je suis convaincu que ce passage s'applique à l'omission de diminuer des droits lorsque cette omission peut avoir été législativement accidentelle ou constituer un simple oubli. En l'espèce, il ne fait aucun doute que l'intimé voudrait que la Cour diminue un droit clair et sans équivoque, à savoir le droit de bénéficier d'un sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi sur présentation d'un appel de cette mesure à la section d'appel, en l'absence de conditions statutaires très précises. Je suis convaincu que ce droit n'a pas été expressément diminué alors qu'il était indéniablement loisible au législateur de le faire.

Par conséquent, comme je suis arrivé à la conclusion qu'un sursis d'exécution d'origine législative s'applique, j'ai refusé d'exercer le pouvoir dont je suis investi d'accorder un sursis discrétionnaire en application de l'article 18.2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, même si l'on m'avait par ailleurs convaincu de le faire, ce qui n'a pas été le cas, comme il est mentionné plus haut.

Par ces motifs, j'ai rejeté la demande de sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion dont le requérant a fait l'objet.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.C. 1992, ch. 47, art. 78; ch. 49, art. 16).

<sup>3</sup> [1997] F.C.J. n° 151 (C.A.F.).

<sup>4</sup> L.C. 1995, ch. 15 (entrée en vigueur le 10 juillet 1995).

<sup>5</sup> (1919), 58 R.C.S. 315.

<sup>6</sup> [1978] 1 R.C.S. 893.

<sup>7</sup> [1983] 2 R.C.S. 493, à la p. 509.

T-1532-96

T-1532-96

Attorney General of Canada (*Applicant*)Le procureur général du Canada (*requérant*)

v.

c.

Kenneth John Hester (*Respondent*)Kenneth John Hester (*intimé*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. HESTER (T.D.)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. HESTER (1<sup>re</sup> INST.)

Trial Division, Gibson J.—Ottawa, February 4 and 21, 1997.

Section de première instance, juge Gibson—Ottawa, 4 et 21 février 1997.

*Public Service — Jurisdiction — Grievance — Judicial review of PSSRB decision employer violated collective agreement by refusing request for vacation leave, ordering employer to grant one day of vacation leave in addition to entitlement under collective agreement — Public Service Staff Relations Act, s. 96(2) prohibiting adjudicator from rendering decision effect of which to require amendment of collective agreement — Tribunal added to respondent's leave entitlement without justification — Contravened limitation of jurisdiction imposed by s. 96(2).*

*Fonction publique — Compétence — Grief — Contrôle judiciaire de la décision de la CRTFP dans laquelle celle-ci concluait que l'employeur avait enfreint la convention collective en refusant une demande de congé, et enjoignait à l'employeur d'accorder un jour de congé en sus des congés auxquels il avait droit en vertu de la convention collective — L'art. 96(2) de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique interdit à un arbitre de rendre une décision qui aurait pour effet d'exiger la modification de la convention collective — La Commission a ajouté un jour de congé aux crédits de l'intimé sans justification — Elle a outrepassé la compétence qui lui est conférée par l'art. 96(2).*

*Damages — Non-compensatory — Exemplary — Judicial review of Public Service Staff Relations Board decision employer violated collective agreement by refusing request for vacation leave, ordering employer to grant one day of vacation leave in addition to entitlement under collective agreement — Board expressing concern over "number of cases" where employee's wishes disregarded for reasons Board finding improper — Necessity relief granted address concerns — Tribunal imposing remedy for conduct considered worthy of punishment with respondent being beneficiary, over-compensated — Remedy constituting punitive damages — Punitive damages awarded only where conduct deserving of punishment as harsh, vindictive, reprehensible, malicious — Nothing justifying such remedy herein.*

*Dommages-intérêts — Non-compensatoires — Exemplaires — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique statuant que l'employeur avait enfreint la convention collective en refusant une demande de congé, et enjoignant à l'employeur d'accorder un jour de congé en sus des congés auxquels il avait droit en vertu de la convention collective — La Commission a exprimé ses préoccupations par rapport «au nombre de cas» dans lesquels les souhaits des employés sont écartés pour des motifs qu'elle juge non appropriés — Le redressement accordé devait tenir compte des préoccupations exprimées — La Commission a imposé une réparation pour un comportement qui, selon elle, méritait d'être puni, de sorte que l'intimé en a été le bénéficiaire et qu'il a été surindemnisé — La réparation est de nature punitive — Les dommages-intérêts punitifs sont accordés à l'égard d'un comportement qui justifie une peine parce qu'il est essentiellement dur, vengeur, répréhensible et malicieux — Rien en l'espèce ne justifie un tel redressement.*

This was an application for judicial review of the Public Service Staff Relations Board's decision that the employer had violated the collective agreement and ordering it to grant one day of vacation leave to the respondent in addition to his entitlement under the collective agreement. The respondent, a Transport Canada employee at the Winnipeg airport, had submitted a request for one day's annual leave to attend a social/sporting event at which he

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique dans laquelle celle-ci a statué que l'employeur avait enfreint la convention collective et lui a enjoint d'accorder un jour de congé à l'intimé en sus des congés auxquels il avait droit en vertu de la convention collective. L'intimé, un employé de Transports Canada à l'aéroport de Winnipeg, a demandé un congé d'une jour-

was to receive an award. The employer denied the request, indicating that it had been submitted too late and, if granted, would have required the payment of overtime that had not been budgeted for. There was no dispute that the employer had violated the collective agreement in refusing the respondent's requested vacation leave. The Tribunal, after concluding that overtime costs did not justify the denial of leave under the guise of operational requirements, went on to express concern about the number of cases where the wishes of employees are set aside for considerations consistently found to be improper in assessing operational requirements. The relief granted had to sufficiently address those concerns.

The issues were whether the Tribunal exceeded its jurisdiction by rendering a decision the effect of which would be to require the amendment of a collective agreement; and whether the remedy ordered was punitive and exceeded the Tribunal's jurisdiction.

*Held*, the application should be allowed.

*Public Service Staff Relations Act*, subsection 96(2) (which prohibits an adjudicator from rendering a decision having the effect of amending a collective agreement) is a jurisdiction limiting provision and its interpretation involves a jurisdictional question. By ordering the remedy that it did, the Tribunal added to the respondent's leave entitlement fixed or determinable under the collective agreement, without justification based on any provision of the collective agreement. Against any standard of review the Tribunal, in providing for the remedy that it did, committed a jurisdictional error by contravening the clear and unequivocal limitation of its jurisdiction imposed by subsection 96(2).

Absent a finding of jurisdictional error, the standard of review of a determination of an appropriate remedy would normally be that of reasonableness. But where the remedy is punitive, the order imposing the remedy can be found to be patently unreasonable. The remedy awarded derived at least as much from the conduct of the employer over a "number of cases" as from the conduct of the employer in the matter under adjudication. The Tribunal effectively imposed a remedy for conduct it considered worthy of punishment with the respondent, as opposed to the State Treasury, being the beneficiary. The remedy imposed was in the nature of punitive damages, which may only be awarded in respect of conduct which is of such a nature as to be deserving of punishment because of its harsh, vindictive, reprehensible and malicious nature. Nothing in the record justified punitive damages herein. Against a

née afin d'assister à une activité sociale et sportive au cours de laquelle un prix devait lui être décerné. L'employeur lui a refusé ce congé, indiquant que la demande avait été présentée trop tard et que l'octroi de ce congé l'obligerait à payer des heures supplémentaires non prévues au budget. Il n'a pas été contesté que l'employeur avait enfreint la convention collective en refusant à l'intimé le congé demandé. Après avoir conclu que le coût des heures supplémentaires, sous le couvert des nécessités du service, n'était pas une raison valable pour refuser le congé, la Commission s'est dite préoccupée par le nombre de cas dans lesquels les souhaits des employés sont écartés pour des motifs qui sont constamment considérés comme ne relevant pas des nécessités du service. Le redressement accordé devait tenir suffisamment compte de cette préoccupation.

Les questions en cause étaient de savoir si la Commission avait outrepassé sa compétence en rendant une décision qui aurait pour effet d'exiger la modification de la convention collective; il fallait aussi déterminer si le redressement accordé était de nature punitive et outrepassait la compétence du tribunal.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

Le paragraphe 96(2) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (qui interdit à un arbitre de rendre une décision qui aurait pour effet d'exiger la modification d'une convention collective) est une disposition limitant la compétence de la Commission et son interprétation soulève une question de compétence. Le redressement qu'elle a choisi ajoute manifestement aux droits de congé de l'intimé qui sont fixés ou qui peuvent être déterminés en vertu de la convention collective, sans fournir de justification fondée sur une disposition quelconque de cette convention collective. Au regard de toute norme de contrôle, la Commission, dans le redressement qu'elle a accordé, a commis une erreur de compétence contrevenant à la restriction claire et non équivoque qui est imposée à sa compétence aux termes du paragraphe 96(2) de la Loi.

En l'absence d'une conclusion établissant qu'il y a eu une erreur de compétence, la norme de contrôle pour déterminer si le redressement est approprié serait normalement celle de la décision raisonnable. Toutefois, lorsque la réparation est de nature punitive, l'ordonnance qui l'impose peut être considérée comme manifestement déraisonnable. La réparation accordée découlait au moins autant du comportement de l'employeur dans un «certain nombre de cas» que de son comportement dans l'affaire portée en arbitrage. En fait, la Commission a imposé une réparation pour un comportement qui, selon elle, méritait d'être puni, dont l'intimé en l'espèce, et non le trésor public, sera le bénéficiaire. Le redressement accordé est donc de nature punitive, alors que les dommages-intérêts punitifs ne peuvent être accordés qu'à l'égard d'un comportement qui justifie une peine parce qu'il est essentiellement dur,

standard of reasonableness, the Tribunal erred in law in awarding a remedy which over-compensated the employee.

vengeur, répréhensible et malicieux. Il n'y a rien dans le dossier qui justifie une réparation de nature punitive. Selon la norme de la décision manifestement déraisonnable, la Commission a commis une erreur de droit qui est susceptible de contrôle, en accordant une réparation qui surindemnise l'employé.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 91 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 68), 96(2), 96.1 (as enacted *idem*, s. 70).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; [1994] 7 W.W.R. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; (1989), 58 D.L.R. (4th) 193; [1989] 4 W.W.R. 218; 36 B.C.L.R. (2d) 273; 42 B.L.R. 111; 25 C.C.E.L. 81; 90 CLLC 14,035; 94 N.R. 321.

##### CONSIDERED:

*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; *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; *Reibin et al. v. Canada (Treasury Board)* (1996), 114 F.T.R. 174 (F.C.T.D.); *Richmond v. Canada (Attorney General)*, [1996] 2 F.C. 305; (1996), 108 F.T.R. 205 (T.D.); confd A-197-96, Desjardins J.A., judgment dated 26/3/97, will soon be reported in F.C.R.

#### AUTHORS CITED

*Collins-Robert French-English, English-French Dictionary* by Beryl T. Atkins *et al.*, 2nd ed. Glasgow, Scotland: Harper Collins Publishers, 1990.

APPLICATION for judicial review of Public Service Staff Relations Board's decision that the employer had violated the collective agreement and ordering it to grant one day of vacation leave to the

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 91 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 68), 96(2), 96.1 (édicte, *idem*, art. 70).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; [1994] 7 W.W.R. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085; (1989), 58 D.L.R. (4th) 193; [1989] 4 W.W.R. 218; 36 B.C.L.R. (2d) 273; 42 B.L.R. 111; 25 C.C.E.L. 81; 90 CLLC 14,035; 94 N.R. 321.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*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; *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; *Reibin et al. c. Canada (Conseil du Trésor)* (1996), 114 F.T.R. 174 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Richmond c. Canada (Procureur général)*, [1996] 2 C.F. 305; (1996), 108 F.T.R. 205 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par A-197-96, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 26-3-97, sera publié bientôt dans le R.C.F.

#### DOCTRINE

*Robert-Collins, dictionnaire français-anglais, anglais-français*, par Beryl T. Atkins *et al.*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: Dictionnaire Le Robert, 1990.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique statuant que l'employeur avait enfreint la convention collective et lui enjoignant

respondent in addition to his entitlement under the collective agreement (*Hester and Treasury Board (Transport Canada)*, [1996] C.P.S.S.R.B. No. 44 (QL)). Application allowed.

## COUNSEL:

*Maureen Crocker* for applicant.  
*Phillip G. Hunt* for respondent.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Shields & Hunt*, Ottawa, for respondent.

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

d'accorder un jour de congé à l'intimé en sus des congés auxquels il avait droit en vertu de la convention collective (*Hester et Conseil du Trésor (Transports Canada)*, [1996] C.R.T.F.P. n° 44 (QL)). Demande accueillie.

## AVOCATS:

*Maureen Crocker* pour le requérant.  
*Phillip G. Hunt* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le requérant.  
*Shields & Hunt*, Ottawa, pour l'intimé.

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

1 GIBSON J.: As indicated in the extended style of cause, these reasons arise out of an application for judicial review of a decision of Albert Burke [[1996] C.P.S.S.R.B. No. 44 (QL)], a member of the Public Service Staff Relations Board, (the Tribunal) wherein the Tribunal, following a reference to adjudication pursuant to section 92 of the *Public Service Staff Relations Act* [R.S.C., 1985, c. P-35 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 68)] (the Act), determined the employer to have violated the collective agreement at issue and ordered the employer to grant one day of vacation leave to the respondent. The day of leave was to be at a time chosen by the respondent, and on reasonable notice to the employer, within a period of six months following the date of the Tribunal's decision. The employer was ordered not to deduct the day of leave from the respondent's accumulated vacation leave credits. The decision of the Tribunal is dated May 31, 1996.

2 The facts giving rise to the respondent's grievance and thus, to this application for judicial review, may briefly be summarized as follows. At all relevant times, the respondent was employed by Transport Canada at the Winnipeg airport. His employment was as a Technical Duty Manager. His employment was governed by the EL collective agreement, Code

1 LE JUGE GIBSON: Comme il est indiqué dans l'intitulé complet de la cause, les présents motifs se rapportent à une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'Albert Burke [[1996] C.R.T.F.P.C. n° 44 (QL)], de la Commission des relations de travail dans la fonction publique (la Commission), dans laquelle celle-ci, par suite d'un renvoi à l'arbitrage fondé sur l'article 92 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* [L.R.C. (1985), ch. P-35 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 68)] (la Loi), a statué que l'employeur avait enfreint la convention collective en cause et lui a enjoint d'accorder un jour de congé à l'intimé. Ce dernier pouvait choisir le jour qui lui convenait dans un délai de six mois suivant la date de la décision de la Commission, moyennant un préavis raisonnable à l'employeur. La Commission a également ordonné à l'employeur de ne pas déduire ce jour de congé des crédits accumulés par l'intimé. La décision de la Commission est datée du 31 mai 1996.

2 Les faits ayant donné naissance au dépôt du grief de l'intimé et donc à l'origine de la présente demande de contrôle judiciaire peuvent être résumés brièvement comme suit. Pendant toute la période pertinente, l'intimé travaillait pour Transports Canada à l'aéroport de Winnipeg, comme gestionnaire délégué des services techniques. Son emploi est régi

404/89 (404-92 as extended), a collective agreement in effect between the Treasury Board of Canada and the International Brotherhood of Electrical Workers, Local 2228 (the collective agreement). On March 21, 1995, the respondent submitted a request for one day's annual leave for April 8, 1995. He apparently wished to attend a social/sporting event on that day at which he would receive an award. The employer denied the request and indicated orally that it had been submitted too late and, if granted, would have required the payment of overtime that was not budgeted for. Thus, the grievance.

par la convention collective EL, code 404/89 (404-92 après prorogation), en vigueur entre le Conseil du Trésor du Canada et la Fraternité internationale des ouvriers en électricité, section locale 2228 (la convention collective). Le 21 mars 1995, l'intimé a présenté une demande de congé annuel pour le 8 avril 1995. Il voulait apparemment assister à une activité sociale ou sportive au cours de laquelle un prix devait lui être décerné. L'employeur lui a refusé ce congé, indiquant verbalement que la demande avait été présentée trop tard et que l'octroi de ce congé l'obligerait à payer des heures supplémentaires non prévues au budget. Un grief a donc été déposé.

3 The Tribunal concluded [at paragraphs 50-52]:

Thus, I have concluded that the employer did not make every reasonable effort to accommodate the grievor. In these circumstances, overtime cost did not justify denying leave under the guise of operational requirements. The 30-day requirement [the advance notice of requests for leave that the employer sought to require] does not form part of the collective agreement and thus cannot justify the employer's refusal either. Therefore, the employer violated the collective agreement when it refused the requested vacation leave for April 8, 1995. Obviously, it is too late to order the employer to comply with the request of leave for April 8, 1995. I therefore order the employer to grant one day of vacation leave to the grievor, at a time he requests, and on reasonable notice to the employer within the next six months. This day of leave is not to be deducted from the grievor's accumulated vacation leave credits.

I am mindful of the fact that by making this order the grievor is now entitled to a day's vacation leave in addition to his allotment under the terms of the collective agreement. I am also mindful of the fact that there was no evidence before me that denial of leave for April 8, 1995 caused the grievor financial loss or severe hardship. Nonetheless, the grievor was deprived from attending a social function in which he was to receive an award of recognition. Apart from the deception that one would expect any employee to have experienced, there is the fact that the grievor is a shift worker. Thus, social functions are generally more difficult to attend assiduously and are therefore more likely to be treasured. The grievor has suffered a loss.

I am also concerned by the number of cases dealt with by members of this Board where the wishes of employees are set aside for considerations consistently found to be improper in assessing operational requirements. Some of

La Commission a conclu dans les termes suivants [aux paragraphes 50 à 52]:

J'ai donc conclu que l'employeur n'a pas déployé tous les efforts raisonnables pour accéder à la requête du fonctionnaire. Dans ces circonstances, le coût des heures supplémentaires, sous le couvert des nécessités du service, n'était pas une raison valable pour refuser le congé. Le préavis de 30 jours ne fait pas partie de la convention collective, de telle sorte que cette raison ne justifie pas non plus le refus. Par conséquent, l'employeur a violé la convention collective lorsqu'il a refusé au fonctionnaire de prendre congé le 8 avril 1995. Il est évidemment trop tard pour lui ordonner d'accorder ce congé. Par conséquent, je lui ordonne d'accorder au fonctionnaire s'estimant lésé, d'ici six mois, un jour de congé annuel sur demande moyennant un préavis raisonnable à l'employeur. Ce jour de congé ne doit pas être déduit des crédits de congé annuel accumulés par le fonctionnaire.

Je suis conscient que cette ordonnance donne maintenant au fonctionnaire droit à un jour de congé annuel de plus que ce que prévoit la convention collective. Je suis également conscient du fait qu'on ne m'a présenté aucune preuve démontrant qu'il avait subi une perte financière ou de graves difficultés à la suite du refus du congé du 8 avril 1995. Néanmoins, on l'a empêché d'assister à une activité sociale au cours de laquelle il devait recevoir un prix. Outre la déception que cela a dû lui causer, il ne faut pas oublier qu'il travaille par quart et qu'en règle générale il lui est plus difficile de participer régulièrement à des activités sociales, de telle sorte qu'elles sont plus susceptibles d'avoir une grande valeur pour lui. Le fonctionnaire a subi une perte.

Je suis également préoccupé par le nombre de cas tranchés par les commissaires de la Commission où les souhaits des employés sont écartés pour des motifs qui sont constamment considérés comme ne relevant pas des néces-

those cases were cited to me in this hearing. The employer has struck a bargain and must abide by it. In these circumstances, I feel a lesser order than the one I am making would not sufficiently address the concerns stated above, and I note that my remedial authority is broad indeed: *Heustis v. N.B. Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768. [Underlining added.]<sup>1</sup>

sités du service. On en a cité certains au cours de l'audience. L'employeur a conclu une entente et il doit la respecter. Dans ces circonstances, j'estime qu'une décision moins sévère que celle que j'ai rendue ne tiendrait pas suffisamment compte de la préoccupation qui vient d'être exprimée, et je signale que mon pouvoir d'ordonner un redressement est très vaste: *Heustis c. La Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768. [Soulignement ajouté<sup>1</sup>.]

4 That the employer had violated the collective agreement in refusing the respondent's requested vacation leave for April 8, 1995, was not in dispute before me. The sole issue was stated by counsel for the applicant and counsel for the respondent in their memoranda of argument in almost identical terms and in substance as follows: Did the adjudicator (the Tribunal) exceed his jurisdiction or err in law when he ordered the applicant (the employer) to grant the respondent an additional day of leave in excess of his entitlements under the terms of the collective agreement?

4 Il n'a pas été contesté devant moi que l'employeur avait véritablement enfreint la convention collective en refusant à l'intimé le congé demandé pour le 8 avril 1995. La seule question en litige a été énoncée par l'avocat du requérant et celui de l'intimé dans leurs mémoires en des termes à peu près identiques et essentiellement de la façon suivante: L'arbitre (la Commission) a-t-il outrepassé sa compétence ou a-t-il commis une erreur de droit quand il a ordonné au requérant (l'employeur) d'accorder à l'intimé un jour de congé additionnel en sus des congés auxquels il avait droit aux termes de la convention collective?

5 Counsel for the applicant argued that, against the appropriate standard of review, the Tribunal erred in providing a remedy to the respondent the effect of which would be to require the amendment of the collective agreement, and in ordering a remedy that was punitive in nature.

5 L'avocat du requérant fait valoir que, au regard de la norme de contrôle appropriée, la Commission a commis une erreur en accordant à l'intimé un redressement qui aurait pour effet d'exiger la modification de la convention collective et qui est de la nature de dommages-intérêts punitifs.

6 By contrast, counsel for the respondent argued that the Tribunal made no reviewable error in providing the remedy that it did, which remedy was within the Tribunal's broad remedial authority, and was designed simply to put the respondent in, as close as possible, the same position as he would have been had the employer not wrongly refused the respondent's request for leave.

6 Pour sa part, l'avocat de l'intimé fait valoir que la Commission n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle en accordant le redressement qu'elle a choisi, que celui-ci se trouve dans les limites du large pouvoir de réparation conféré à la Commission, et qu'il a tout simplement été conçu pour remettre l'intimé le plus près possible de la position dans laquelle il aurait été si l'employeur n'avait pas à tort refusé sa demande de congé.

7 Article 17.07 of the collective agreement reads as follows:

7 L'article 17.07 de la convention collective est rédigé dans les termes suivants:

An employee's vacation shall normally be taken in the fiscal year in which he/she becomes eligible for it. The Employer shall, subject to the operational requirements of the service, make every reasonable effort:

L'employé-e prend normalement son congé annuel pendant l'année financière où il y devient admissible. L'employeur doit, sous réserve des nécessités du service, faire tout effort raisonnable pour

a) to schedule an employee's vacation leave for at least two (2) consecutive weeks, if so requested by the employee not later than May 1st;

a) prévoir un congé annuel d'au moins deux (2) semaines consécutives pour l'employé-e, si celui-ci en fait la demande au plus tard le 1<sup>er</sup> mai;

- |    |   |    |   |
|----|---|----|---|
| b) | to give next priority to periods of vacation for which a request is made by employees prior to June 1st;                                    | b) | donner ensuite la priorité aux demandes de congé annuel faites par les employé-e-s avant le 1 <sup>er</sup> juin;                                     |
| c) | subject to (a) and (b) above, to schedule an employee's vacation leave at a time acceptable to him; [Underlining added by me for emphasis.] | c) | prévoir, sous réserve de a) et b) ci-dessus, le congé annuel de l'employé-e à une période acceptable pour ce dernier; [Non souligné dans l'original.] |

8 Subsection 92(1) of the *Public Service Staff Relations Act*<sup>2</sup> provides that where an employee has presented a grievance up to and including the final level in the grievance process with respect to the interpretation or the application of a provision of a collective agreement, and the grievance has not been dealt with to the satisfaction of the employee, the employee may, subject to limitations not relevant here, refer the grievance to adjudication. The respondent took advantage of this right. Section 96.1 [as enacted *idem*, s. 70] of the Act provides to an adjudicator, in relation to an adjudication, all the powers, rights and privileges of the Public Service Staff Relations Board, once again subject to an exception that is not relevant here. The powers of the Board are broadly defined in section 21 and the following sections of the Act. Subsection 96(2) of the Act provides as follows:

96. . . .

(2) No adjudicator shall, in respect of any grievance, render any decision thereon the effect of which would be to require the amendment of a collective agreement or an arbitral award.

9 In *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*,<sup>3</sup> Dickson J., as he then was, wrote at page 233:

The question of what is and is not jurisdictional is often very difficult to determine. The courts, in my view, should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so.

10 In *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*,<sup>4</sup> Mr. Justice Cory, referring to the above quotation from *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, wrote [at page 400]:

8 Le paragraphe 92(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*<sup>2</sup>, dispose que lorsqu'un employé a porté un grief, concernant l'interprétation ou l'application d'une disposition d'une convention collective, jusqu'au dernier palier de la procédure de règlement des griefs et qu'il n'a pas obtenu satisfaction, il peut, sous réserve de restrictions qui ne sont pas pertinentes en l'espèce, renvoyer ce grief à l'arbitrage. L'intimé s'est prévalu de ce droit. L'article 96.1 [édicte, *idem*, art. 70] de la Loi dispose qu'un arbitre a, dans le cadre de l'affaire dont il est saisi, tous les droits et pouvoirs de la Commission des relations de travail dans la fonction publique, ici encore sous réserve d'une exception qui n'est pas pertinente en l'espèce. Les pouvoirs de la Commission sont largement définis aux articles 21 et suivants de la Loi. Le paragraphe 96(2) de la Loi dispose comme suit:

96. . . .

(2) En jugeant un grief, l'arbitre ne peut rendre une décision qui aurait pour effet d'exiger la modification d'une convention collective ou d'une décision arbitrale.

9 Dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*<sup>3</sup>, le juge Dickson, plus tard juge en chef, écrit ceci à la page 233:

Il est souvent très difficile de déterminer ce qui constitue une question de compétence. À mon avis, les tribunaux devraient éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard.

10 Dans l'arrêt *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*<sup>4</sup>, le juge Cory, se référant à la citation précitée de *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, écrit ceci [à la page 400]:



The appellant argued that the question, as to the appropriate remedy for the Canada Labour Relations Board to have imposed in this case, involves the jurisdictional limits of the powers granted to the Board and that, accordingly, the standard by which this Court must review the order is one of correctness. I cannot agree. There is an abundance of case law which cautions courts against too easily identifying a statutory provision as jurisdictional.

11 Conscious of these opinions of the Supreme Court of Canada, I am nonetheless of the view that subsection 96(2) is a jurisdiction limiting provision and that its interpretation involves a jurisdictional question.

12 In *Reibin et al. v. Canada (Treasury Board)*,<sup>5</sup> Mr. Justice Noël reviewed at length the standard of review of a decision of an adjudicator interpreting provisions of the Workforce Adjustment Directive which he described as [at page 184] “in effect interpreting the collective agreement.” He noted that there is no privative clause in the Act. He then went on to cite from *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*<sup>6</sup> where Mr. Justice Iacobucci wrote at pages 590 and 591:

Having regard to the large number of factors relevant in determining the applicable standard of review, the courts have developed a spectrum that ranges from the standard of reasonableness to that of correctness. Courts have also enunciated a principle of deference that applies not just to the facts as found by the tribunal, but also to the legal questions before the tribunal in the light of its role and expertise. At the reasonableness end of the spectrum, where deference is at its highest, are those cases where a tribunal protected by a true privative clause, is deciding a matter within its jurisdiction and where there is no statutory right of appeal. . . .

At the correctness end of the spectrum, where deference in terms of legal questions is at its lowest, are those cases where the issues concern the interpretation of a provision limiting the tribunal’s jurisdiction (jurisdictional error) or where there is a statutory right of appeal which allows the reviewing court to substitute its opinion for that of the tribunal and where the tribunal has no greater expertise than the court on the issue in question, as for example in the area of human rights. [Extensive citations omitted.]

L’appelante a soutenu que la question de la réparation que le Conseil pouvait accorder dans la présente espèce relève des limites de la compétence qui lui est attribuée et que, par conséquent, notre Cour devait apprécier l’ordonnance selon la norme de la décision correcte. Je ne saurais souscrire à ce point de vue. Une abondante jurisprudence met les cours de justice en garde contre la tendance à trop facilement qualifier une disposition législative attributive de compétence.

11 Conscient de ces opinions exprimées par la Cour suprême du Canada, je suis néanmoins d’avis que le paragraphe 96(2) est une disposition limitant la compétence de la Commission et que son interprétation soulève une question de compétence.

12 Dans la décision *Reibin et al. c. Canada (Conseil du Trésor)*<sup>5</sup>, le juge Noël a examiné en détail la norme de contrôle applicable à une décision d’un arbitre interprétant les dispositions de la Directive sur le réaménagement des effectifs pour conclure [à la page 184] qu’il «interprète en réalité la convention collective». Il note que la Loi ne renferme aucune clause privative. Il cite ensuite un extrait de l’arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*<sup>6</sup> dans lequel le juge Iacobucci écrit ceci aux pages 590 et 591:

Compte tenu du grand nombre de facteurs pertinents pour la détermination de la norme de contrôle applicable, les tribunaux ont élaboré toute une gamme de normes allant de celle de la décision manifestement déraisonnable à celle de la décision correcte. Les tribunaux ont également formulé un principe de retenue judiciaire qui s’applique à l’égard non seulement des faits constatés par le tribunal, mais aussi des questions de droit dont le tribunal est saisi en raison de son rôle et de son expertise. Pour ce qui est des décisions manifestement déraisonnables, qui appellent la plus grande retenue, ce sont les cas où un tribunal protégé par une véritable clause privative rend une décision relevant de sa compétence et où il n’existe aucun droit d’appel prévu par la loi.

Quant aux décisions correctes où l’on est tenu à une moins grande retenue relativement aux questions juridiques, ce sont les cas où les questions en litige portent sur l’interprétation d’une disposition limitant la compétence du tribunal (erreur dans l’exercice de la compétence) ou encore les cas où la loi prévoit un droit d’appel qui permet au tribunal siégeant en révision de substituer son opinion à celle du tribunal, et où le tribunal ne possède pas une expertise plus grande que la cour de justice sur la question soulevée, par exemple dans le domaine des droits de la personne. [Les longues citations ont été omises.]

- 13 I turn then to the question of whether or not the Tribunal, by requiring the employer to provide to the respondent a day of leave in excess of that provided for under the collective agreement, exceeded its jurisdiction by, in the terms of subsection 96(2) of the Act, “render[ing] any decision . . . the effect of which would be to require the amendment of a collective agreement.” This point was not addressed in the Tribunal’s decision. By reference to the quotation from the *Pezim* decision that appears above, questions concerning the interpretation of a provision limiting the Tribunal’s jurisdiction are at the correctness end of the deference spectrum “where deference in terms of legal questions is at its lowest”.
- 14 I wrote in *Richmond v. Canada (Attorney General)*:<sup>7</sup>
- I am satisfied that in certain circumstances, the Arbitrator could find resort to the leave with pay provisions of the collective agreements to be required in order to comply with the non-discrimination provisions of the collective agreements, and that in those circumstances the collective agreements would not be violated, nor would subsection 96(2) be transgressed. In this regard, I agree with the position advanced on behalf of the applicants. The Adjudicator was required to interpret the collective agreements as a whole and not in abstract, apart from the non-discrimination provisions.
- 15 Here, there can be no allegation that the Tribunal failed to take into account the whole of the collective agreement in its decision. By ordering the remedy that it did, it clearly added to the respondent’s leave entitlement fixed or determinable under the collective agreement, without justification based on any provision of the collective agreement. Against whatever standard of review is applicable, whether it be correctness or reasonableness or some standard in between, I am satisfied that the Tribunal, in providing for the remedy that it did, committed a jurisdictional error by contravening the clear and unequivocal limitation of its jurisdiction imposed by subsection 96(2) of the Act.
- 16 I turn next to the question of whether or not the remedy ordered by the Tribunal was punitive in
- J’aborde donc la question de savoir si la Commission, en obligeant l’employeur à donner à l’intimé un jour de congé en sus de ce qui est prévu dans la convention collective, a outrepassé sa compétence en «[rendant] une décision qui aurait pour effet d’exiger la modification d’une convention collective», aux termes du paragraphe 96(2) de la Loi. La décision de la Commission ne traite pas de ce point. Si l’on se réfère à la citation de l’arrêt *Pezim* ci-dessus, les questions concernant l’interprétation d’une disposition limitant la compétence de la Commission sont des questions où l’on est tenu «à une moins grande retenue relativement aux questions juridiques» et qui sont analysées selon la norme de la décision correcte.
- J’ai indiqué dans la décision *Richmond c. Canada (Procureur général)*:<sup>7</sup>
- Je suis convaincu que dans certaines circonstances, l’arbitre pouvait conclure que le recours aux clauses concernant les congés payés des conventions collectives était nécessaire pour respecter les clauses relatives à l’élimination de la discrimination et que, dans ces circonstances, il n’y aurait ni violation des conventions collectives ni infraction au paragraphe 96(2). Je fais droit à cet égard à la thèse présentée au nom des requérants. L’arbitre se devait d’interpréter les conventions collectives dans leur ensemble et non dans l’abstrait, indépendamment des clauses concernant l’élimination de la discrimination.
- En l’espèce, il ne peut être question de prétendre que la Commission n’a pas tenu compte de l’ensemble de la convention collective dans sa décision. Le redressement qu’elle a choisi ajoute manifestement aux droits de congé de l’intimé qui sont fixés ou qui peuvent être déterminés en vertu de la convention collective, sans fournir de justification fondée sur une disposition quelconque de cette convention collective. Quelle que soit la norme de contrôle applicable, c’est-à-dire celle de la décision correcte, de la décision manifestement déraisonnable ou d’une norme qui se trouverait entre ces deux extrêmes, je suis convaincu que la Commission, dans le redressement qu’elle a accordé, a commis une erreur de compétence en contrevenant à la restriction claire et non équivoque qui est imposée à sa compétence aux termes du paragraphe 96(2) de la Loi.
- Je passe maintenant à la question de savoir si le redressement ordonné par la Commission est de

nature. There can be no question that the Tribunal had the authority to impose a remedy against the employer in circumstances where it found the respondent to have suffered a loss. I am in agreement with counsel for the respondent that the principle against which such a remedy is to be determined is that the remedy chosen should, to the greatest extent possible, put the person suffering the damage or loss in the same position in which he or she would have found himself or herself absent the wrong committed. In reviewing a determination as to an appropriate remedy in the context of a breach of a collective agreement, absent a finding of jurisdictional error, one would normally regard the standard of review as at or approaching that of reasonableness since the determination of an appropriate remedy in such a context is within the established role and expertise, or “home jurisdiction”, of the Tribunal.<sup>8</sup> But where the remedy is punitive in nature, the order imposing the remedy can be “properly found to be patently unreasonable.”<sup>9</sup>

nature punitive. Il ne fait aucun doute que la Commission avait le pouvoir de sévir contre l'employeur dans des circonstances où elle a conclu que l'intimé avait subi un préjudice. Je suis d'accord avec l'avocat de l'intimé qui affirme que le principe au regard duquel un tel redressement doit être fixé est le principe selon lequel la réparation accordée doit, dans toute la mesure possible, remettre la personne qui a subi le préjudice ou la perte dans l'état dans lequel elle se trouverait si elle n'avait pas subi ce préjudice. Dans le contrôle d'une décision ayant pour but de concevoir un redressement approprié dans le contexte de la violation d'une convention collective, et en l'absence d'une conclusion établissant qu'il y a eu une erreur de compétence, on considérerait normalement que la norme de contrôle est celle de la décision manifestement déraisonnable, ou une norme très approchante, étant donné que le choix de la réparation appropriée dans un tel contexte se trouve dans les limites du rôle et de l'expertise établis de la Commission, c'est-à-dire de sa «compétence spécialisée»<sup>8</sup>. Mais lorsque la réparation est de nature punitive, l'ordonnance qui l'impose pourrait «à bon droit [être considérée comme] manifestement déraisonnable»<sup>9</sup>.

17 In *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*,<sup>10</sup> Mr. Justice McIntyre wrote at page 1104:

Problems arise for the common law wherever the concept of punitive damages is posed. The award of punitive damages requires that:

... a civil court ... impose what is in effect a fine for conduct it finds worthy of punishment, and then to remit the fine, not to the State Treasury, but to the individual plaintiff who will, by definition, be over-compensated. [Waddams, p. 563.]

Was the remedy imposed here, then, punitive in nature or akin to punitive damages? In answering the question I have posed, I will ignore the word “deception”, which might well be more appropriately “disappointment”, in the portion of the reasons of the Tribunal quoted above. I will, nonetheless, re-quote the last paragraph of the reasons that appears earlier in these reasons.

Dans l'arrêt *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*<sup>10</sup>, le juge McIntyre tient les propos suivants à la page 1104:

Il se pose des problèmes en *common law* chaque fois qu'on fait appel au concept des dommages-intérêts punitifs. L'attribution de dommages-intérêts punitifs exige que:

[TRADUCTION] ... un tribunal civil ... impose ce qui constitue en fait une amende pour un comportement qui, selon lui, mérite d'être puni, pour ensuite remettre cette amende non pas au trésor public, mais au demandeur particulier qui, par définition, sera «surindemnisé». [Waddams, p. 563.]

La réparation imposée en l'espèce est-elle punitive ou de la nature de dommages-intérêts punitifs? Pour répondre à la question que j'ai posée, je laisserai de côté le terme anglais «*deception*», qui pourrait fort bien être remplacé de façon plus appropriée par le mot «*disappointment*», dans ce passage des motifs de la Commission cité ci-dessus. Néanmoins, je vais reproduire de nouveau le dernier paragraphe de cet extrait.

I am also concerned by the number of cases dealt with by members of this Board where the wishes of employees are set aside for considerations consistently found to be improper in assessing operational requirements. Some of those cases were cited to me in this hearing. The employer has struck a bargain and must abide by it. In these circumstances, I feel a lesser order than the one I am making would not sufficiently address the concerns stated above, and I note that my remedial authority is broad indeed: *Heustis v. N.B. Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768.

Je suis également préoccupé par le nombre de cas tranchés par les commissaires de la Commission où les souhaits des employés sont écartés pour des motifs qui sont constamment considérés comme ne relevant pas des nécessités du service. On en a cité certains au cours de l'audience. L'employeur a conclu une entente et il doit la respecter. Dans ces circonstances, j'estime qu'une décision moins sévère que celle que j'ai rendue ne tiendrait pas suffisamment compte de la préoccupation qui vient d'être exprimée, et je signale que mon pouvoir d'ordonner un redressement est très vaste: *Heustis c. La Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768.

18 I read the foregoing quoted paragraph as indicating that the remedy awarded by the Tribunal derives at least as much from the conduct of the employer over a "number of cases" as from the conduct of the employer in the matter that was under adjudication before the Tribunal. In effect, the Tribunal is saying: this respondent is going to receive a remedy, not calculated by reference to the damage or loss that he has suffered, but rather by relation to a standard designed to ensure that, in future cases, the employer abides by the bargains that it has struck. In effect, the Tribunal is imposing a remedy, for conduct it finds worthy of punishment, with the respondent herein, as opposed to the State Treasury, being the beneficiary with the effect that the respondent will, by definition, be over-compensated.

D'après mon interprétation, le paragraphe reproduit ci-dessus signifie que la réparation accordée par la Commission découle au moins autant du comportement de l'employeur dans un certain «nombre de cas» que de son comportement dans l'affaire portée en arbitrage devant la Commission. En fait, la Commission dit: cet intimé sera indemnisé et la réparation ne sera pas calculée en fonction du préjudice ou de la perte qu'il a subi mais plutôt au regard d'une norme conçue pour s'assurer qu'à l'avenir l'employeur respectera les ententes qu'il a signées. En fait, la Commission impose une réparation pour un comportement qui, selon elle, mérite d'être puni, dont l'intimé en l'espèce, et non le trésor public, sera le bénéficiaire, avec pour résultat que l'intimé sera, par définition, surindemnisé. 18

19 Against this analysis, I am satisfied that the Tribunal has imposed a remedy in the nature of an award of punitive damages.

Au regard de cette analyse, je suis convaincu que la Commission a imposé un redressement de nature punitive. 19

20 Mr. Justice McIntyre goes on at pages 1105-1106 in *Vorvis* to state:

Le juge McIntyre poursuit dans les mots suivants aux pages 1105 et 1106 de l'arrêt *Vorvis*: 20

When then can punitive damages be awarded? It must never be forgotten that when awarded by a judge or a jury, a punishment is imposed upon a person by a Court by the operation of the judicial process. What is it that is punished? It surely cannot be merely conduct of which the Court disapproves, however strongly the judge may feel. Punishment may not be imposed in a civilized community without a justification in law. The only basis for the imposition of such punishment must be a finding of the commission of an actionable wrong which caused the injury complained of by the plaintiff.

Quand peut-on accorder des dommages-intérêts punitifs? Il ne faut jamais oublier que lorsqu'elle est imposée par un juge ou un jury, une punition est infligée à une personne par un tribunal en vertu du processus judiciaire. Qu'est-ce qui est puni? Ce ne peut certainement pas être simplement le comportement que le tribunal désapprouve, quels que puissent être les sentiments du juge. Dans une société civilisée, on ne saurait infliger de peine sans une justification en droit. L'imposition d'une telle peine ne peut se justifier par la conclusion qu'il y a eu méfait donnant ouverture à un droit d'action et qui a causé le préjudice allégué par le demandeur.

21 Finally, Mr. Justice McIntyre states at pages 1107-1108 of the *Vorvis* decision:

Finalement, le juge McIntyre poursuit ainsi aux pages 1107 et 1108 de l'arrêt *Vorvis*: 21

Moreover, punitive damages may only be awarded in respect of conduct which is of such nature as to be deserving of punishment because of its harsh, vindictive, reprehensible and malicious nature. I do not suggest that I have exhausted the adjectives which could describe the conduct capable of characterizing a punitive award, but in any case where such an award is made the conduct must be extreme in its nature and such that by any reasonable standard it is deserving of full condemnation and punishment.

22 I find nothing on the face of the decision of the Tribunal or on the record before me that would, against the foregoing quotations, justify a remedy in the nature of punitive damages. In awarding such a remedy, against a standard of reasonableness, I conclude that the Tribunal erred in law in a reviewable manner.

23 In summary then, both on the basis that the Tribunal, in making the award in favour of the respondent that it did, exceeded its jurisdiction and that it erred in law in awarding a remedy in the nature of punitive damages, I conclude that this application for judicial review must be allowed. An order will go accordingly, referring the matter back for determination and award of a remedy within the jurisdiction of the Tribunal and not of a punitive nature.

<sup>1</sup> Counsel for the respondent argued that the underlined word "deception" should be considered as a typographical error and that the word "disappointment" should be substituted as it makes more sense in the context. There might well be merit in counsel's argument. I agree that "disappointment" fits more appropriately in the context. Further, if both official languages were in play in the preparation of the Tribunal's reasons, it is worthy of note that the French word "*déception*" is equated with "disappointment, let-down" in the French to English portion of the *Collins-Robert French-English, English-French Dictionary* 2nd ed., Glasgow (Scotland): Harper Collins Publishers, 1990. However, in the absence of any evidence on the issue, I am not prepared to read in the substitution urged by counsel.

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. P-35 (as amended).

<sup>3</sup> [1979] 2 S.C.R. 227.

<sup>4</sup> [1996] 1 S.C.R. 369.

<sup>5</sup> (1996), 114 F.T.R. 174 (F.C.T.D.).

<sup>6</sup> [1994] 2 S.C.R. 557.

<sup>7</sup> [1996] 2 F.C. 305 (T.D.), at p. 313; confd F.C.A., A-197-96, 26/3/97.

De plus, il n'est possible d'accorder des dommages-intérêts punitifs qu'à l'égard d'un comportement qui justifie une peine parce qu'il est essentiellement dur, vengeur, répréhensible et malicieux. Je ne prétends pas avoir énuméré tous les qualificatifs aptes à décrire un comportement susceptible de justifier l'attribution de dommages-intérêts punitifs, mais de toute façon, pour que de tels dommages-intérêts soient accordés, il faut que le comportement soit de nature extrême et mérite, selon toute norme raisonnable, d'être condamné et puni.

22 À la lecture de la décision de la Commission ou du dossier dont je suis saisi, je ne trouve rien qui, au regard des citations précitées, justifie une réparation de nature punitive. En accordant une telle réparation, selon la norme de la décision manifestement déraisonnable, je conclus que la Commission a commis une erreur de droit qui est susceptible de contrôle.

23 En résumé, ayant établi que la Commission, en octroyant la réparation qu'elle a conçue en faveur de l'intimé, a excédé sa compétence et a commis une erreur de droit puisque cette réparation est de nature punitive, je conclus que la présente demande de contrôle judiciaire doit être accueillie. Une ordonnance sera rendue en conséquence, de sorte que l'affaire sera renvoyée pour examen et attribution d'une réparation qui relève de la compétence de la Commission et qui ne soit pas de nature punitive.

<sup>1</sup> L'avocat de l'intimé fait valoir que le mot anglais «*deception*», qui est souligné, devrait être considéré comme une erreur typographique et être remplacé par le mot «*disappointment*» qui a plus de sens dans le contexte. L'argument de l'avocat est peut-être fondé. Je suis d'avis que le mot «*disappointment*» convient mieux. En outre, si les deux langues officielles ont joué un rôle dans la préparation des motifs de la Commission, il convient de noter que le mot français «*déception*» est l'équivalent des mots «*disappointment, let-down*» dans le dictionnaire *Robert-Collins dictionnaire français-anglais, anglais-français*, 2<sup>e</sup> éd., Paris: Dictionnaire Le Robert, 1990. Toutefois, en l'absence de tout autre élément de preuve sur la question, je ne suis pas disposé à faire la substitution que me demande de faire l'avocat.

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), ch. P-35 (et ses modifications).

<sup>3</sup> [1979] 2 R.C.S. 227.

<sup>4</sup> [1996] 1 R.C.S. 369.

<sup>5</sup> (1996), 114 F.T.R. 174 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>6</sup> [1994] 2 R.C.S. 557.

<sup>7</sup> [1996] 2 C.F. 305 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 313; conf. par C.A.F., A-197-96, 26-3-97.

<sup>8</sup> See: *Royal Oak Mines, supra*, note 4, at p. 404.

<sup>9</sup> See: *Royal Oak Mines, supra*, note 4, at pp. 405-406.

<sup>10</sup> [1989] 1 S.C.R. 1085.

<sup>8</sup> Voir: *Royal Oak Mines*, précité, renvoi 4, à la p. 404.

<sup>9</sup> Voir: *Royal Oak Mines*, précité, renvoi 4, aux p. 405 et 406.

<sup>10</sup> [1989] 1 R.C.S. 1085.

T-1918-95	T-1918-95
<p><b>Groupe G. Tremblay Syndics Inc. and Louis Drolet, Trustee (<i>Applicants</i>)</b></p> <p>v.</p> <p><b>Superintendent of Bankruptcy, Georges R. Redling and Deputy Superintendent, Policy, Programs and Standards, Marc Mayrand (<i>Respondents</i>)</b></p> <p>and</p> <p><b>Attorney General of Canada and François A. Gouin, Trustee (<i>Mis-en-cause</i>)</b></p>	<p><b>Groupe G. Tremblay Syndics Inc. et Louis Drolet, syndic (<i>requérants</i>)</b></p> <p>c.</p> <p><b>Le surintendant des faillites, Georges R. Redling et le surintendant associé, politiques, programmes et normes, Marc Mayrand (<i>intimés</i>)</b></p> <p>et</p> <p><b>Le Procureur général du Canada et François A. Gouin, syndic (<i>mis-en-cause</i>)</b></p>
T-1952-95	T-1952-95
<p><b>Gilles M. Tremblay, Trustee (<i>Applicant</i>)</b></p> <p>v.</p> <p><b>Superintendent of Bankruptcy, Georges R. Redling and Deputy Superintendent, Policy, Programs and Standards, Marc Mayrand and Pierre Lecavalier in his capacity as Deputy Administrator of the Office of the Superintendent of Bankruptcy and Attorney General of Canada (<i>Respondents</i>)</b></p> <p><b>INDEXED AS: GROUPE G. TREMBLAY SYNDICS INC. v. CANADA (SUPERINTENDENT OF BANKRUPTCY) (T.D.)</b></p> <p>Trial Division, Tremblay-Lamer J.—Montréal, January 20; Ottawa, March 12, 1997.</p> <p><i>Federal Court jurisdiction — Trial Division — Judicial review of Deputy Superintendent of Bankruptcy's decision to seize records administered by applicants, entrust them to guardian until completion of investigation, disciplinary hearing — "Decision" within Federal Court Act, s. 18.1 — Having final effect on applicants' rights as seized records not likely to be returned until end of disciplinary process — Administration of seized records probably complete by end of that process.</i></p> <p><i>Administrative law — Judicial review — Deputy Superintendent of Bankruptcy seizing records administered by applicants, entrusting them to guardian until completion</i></p>	<p><b>Gilles M. Tremblay, syndic (<i>requérant</i>)</b></p> <p>c.</p> <p><b>Le surintendant des faillites, Georges R. Redling et le surintendant associé, politiques, programmes et normes, Marc Mayrand et Pierre Lecavalier, ès-qualité d'administrateur associé du bureau du surintendant des faillites et le Procureur général du Canada (<i>intimés</i>)</b></p> <p><b>RÉPERTORIÉ: GROUPE G. TREMBLAY SYNDICS INC. c. CANADA (SURINTENDANT DES FAILLITES) (1<sup>re</sup> INST.)</b></p> <p>Section de première instance, juge Tremblay-Lamer —Montréal, 20 janvier; Ottawa, 12 mars 1997.</p> <p><i>Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le surintendant associé des faillites a décidé de prendre possession des dossiers qu'administraient les requérants pour les confier à un gardien, jusqu'à la fin de l'enquête et de l'audition disciplinaire — Il s'agissait d'une «décision» selon le sens donné à cette expression à l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale — Elle affectait les droits des requérants de façon définitive en ce que les dossiers saisis ne pouvaient vraisemblablement leur être remis qu'à la fin du processus disciplinaire — L'administration des dossiers saisis sera probablement complétée au moment où se terminera ce processus.</i></p> <p><i>Droit administratif — Contrôle judiciaire — Le surintendant associé des faillites a pris possession des dossiers qu'administraient les requérants pour les confier à un</i></p>

*of investigation, disciplinary hearing — Not exercising discretion for improper purposes, in bad faith, or in arbitrary, unfair, unreasonable manner — Bankruptcy and Insolvency Act, s. 14.03 authorizing conservatory measures to protect public interest — Duty to act quickly to protect estates — Applicants not taking any of numerous opportunities to provide explanations of misconduct — Federal Court Act, s. 18.1(4) authorizing review of findings of fact not supported by evidence or that assessment of evidence as whole show to be unreasonable — In light of evidence of serious misconduct in administration, decision to take conservatory measures reasonable.*

*Bankruptcy — Judicial review of Deputy Superintendent of Bankruptcy's decision under Bankruptcy and Insolvency Act, s. 14.03 to seize records administered by applicants, entrust them to guardian until completion of investigation, disciplinary hearing — Auditor's report disclosing serious misconduct — RCMP also investigating applicants' conduct — Given seriousness of alleged irregularities, seizure intended to preserve estate records — Once relationship of trust disintegrated, Deputy Superintendent compelled to seize all records given fiduciary relationship between trustees, clients — Power to "preserve" estates in s. 14.03 not used to "recover" estate records — Conservatory measures taken to prevent further misconduct.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Judicial review of Deputy Superintendent of Bankruptcy's decision pursuant to Bankruptcy and Insolvency Act, s. 14.03, to seize records administered by applicants, entrust them to guardian until completion of investigation, disciplinary hearing — Right to liberty including right to practice profession — Not at issue herein as conservatory measures not affecting existence, validity of trustee licence — S. 14.03 not affecting right to practice profession — Doctrine of vagueness inapplicable as circumstances, purpose of conservatory measures specified, sufficient guidance for legal debate provided.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Judicial review of Deputy Superintendent of Bankruptcy's decision, pursuant to Bankruptcy and Insol-*

*gardien, jusqu'à la fin de l'enquête et de l'audition disciplinaire — Il n'a pas utilisé son pouvoir discrétionnaire à des fins impropres, de mauvaise foi ou de façon arbitraire, injuste ou déraisonnable — L'art. 14.03 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité autorise l'émission de mesures conservatoires dans le but de protéger l'intérêt public — Obligation d'agir rapidement pour protéger les actifs — Les requérants n'ont pas profité des nombreuses occasions qu'ils ont eues de fournir des explications sur les manquements reprochés — L'art. 18.1(4) de la Loi de la Cour fédérale permet la révision des conclusions de faits lorsqu'elles ne sont pas supportées par la preuve ou lorsqu'une évaluation de la preuve dans son ensemble démontre que la conclusion est déraisonnable — Compte tenu de la preuve établissant la gravité des manquements dans l'administration des dossiers, la décision de prendre des mesures conservatoires efficaces était raisonnable.*

*Faillite — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le surintendant associé des faillites a décidé, aux termes de l'art. 14.03 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, de prendre possession des dossiers qu'administraient les requérants pour les confier à un gardien, jusqu'à la fin de l'enquête et de l'audition disciplinaire — Rapport du vérificateur faisant état de manquements graves — La GRC enquêtait également relativement à la conduite des requérants — Compte tenu de la gravité des irrégularités reprochées, la prise de possession visait à protéger les dossiers d'actifs — Une fois le lien de confiance brisé, le surintendant associé n'avait d'autre choix que de prendre possession de l'ensemble des dossiers, vu le rapport fiduciaire entre les syndics et leurs clients — Le pouvoir «de sauvegarde» des actifs prévu à l'art. 14.03 n'a pas été utilisé comme «récupération» de dossiers d'actifs — Mesures conservatoires prises pour prévenir la survenance de nouveaux manquements.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le surintendant associé des faillites a décidé, aux termes de l'art. 14.03 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, de prendre possession des dossiers qu'administraient les requérants pour les confier à un gardien, jusqu'à la fin de l'enquête et de l'audition disciplinaire — Le droit à la liberté inclut le droit d'exercer une profession — Cette question ne se soulevait pas dans le présent dossier puisque les mesures conservatoires n'ont pas affecté l'existence et la validité de la licence de syndic — L'art. 14.03 ne concerne pas le droit à l'exercice d'une profession — La théorie de l'imprécision ne pouvait trouver application, car les circonstances pouvant donner lieu à des mesures conservatoires y sont énumérées ainsi que le but poursuivi, et il constitue un guide suffisant pour donner lieu à un débat judiciaire.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le surintendant associé des faillites a décidé,*



*vency Act, s. 14.03, to take possession of records administered by applicants, entrust them to guardian until completion of investigation, disciplinary hearing — Taking of possession constituting seizure — As applicant not consenting freely, voluntarily to seizure, not waiving s. 8 guarantee — Purpose of ss. 14.01, 14.02, 14.03 supervision of trustees' administrative conduct — Documents administered by trustees public — Expectation of privacy lower than that associated with private, personal documents — Not requiring strict application of criteria established by S.C.C. in *Hunter et al. v. Southam Inc.* for determining whether seizure reasonable — Necessary to balance reasonable expectation of privacy, seriousness of intrusion — Since search of private premises, not part of regulatory inspection, degree of intrusion greater — Must be reasonable grounds to believe conservatory measures involving search, seizure will make it possible to "preserve" records of estates — To extent authorizing conservatory measures in nature of seizure where no reasonable grounds to believe measures enabling preservation of records, s. 14.03(1)(b) infringing Charter, s. 8 — Reasonable grounds herein to believe conservatory measures enabling preservation of records of estates.*

*Construction of statutes — Bankruptcy and Insolvency Act, s. 14.03(1)(b) found to have infringed Charter, s. 8 to extent authorizing conservatory measures in nature of seizure where no reasonable grounds to believe measures enabling preservation of records — S. 14.03(1)(b) "read down" so that conservatory measures in nature of "seizure" not authorized unless Superintendent of Bankruptcy or delegate having reasonable grounds to believe measures enabling preservation of records of estates.*

This was an application for judicial review of the Deputy Superintendent of Bankruptcy's decision to seize records administered by the applicants and entrust them to a guardian until the completion of the investigation and disciplinary hearing into the applicants' conduct and administration. Louis Drolet was a trustee in bankruptcy against whom the Office of the Superintendent of Bankruptcy in Québec had received numerous complaints of professional misconduct. While an investigation and disciplinary proceedings were pending, Drolet proposed the creation of a new corporate trustee, Groupe G. Tremblay Syndics Inc., with Mr. Tremblay. He agreed that his licence would be suspended for one year. The proposal was accepted, but was not yet approved by the Superintendent when records were transferred to Groupe

*aux termes de l'art. 14.03 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, de prendre possession des dossiers qu'administraient les requérants pour les confier à un gardien, jusqu'à la fin de l'enquête et de l'audition disciplinaire — La prise de possession constituait une saisie — Le requérant n'ayant pas consenti librement et volontairement à la saisie, il n'a pas renoncé à la garantie énoncée à l'art. 8 — Les art. 14.01, 14.02 et 14.03 ont pour objet la supervision de la conduite administrative des syndics — Les documents administrés par des syndics sont publics — L'expectative de vie privée est moindre que celle qui se rattache à des documents de nature personnelle et privée — L'application rigoureuse des critères établis par la C.S.C. dans *Hunter et autres c. Southam Inc.* n'est pas nécessaire pour déterminer si une saisie est raisonnable — Il s'agit d'établir un équilibre entre l'expectative raisonnable de vie privée et la gravité de l'intrusion — Puisqu'il s'agissait d'une perquisition dans les locaux privés qui n'est pas exécutée dans le cadre d'une inspection réglementaire, le degré d'intrusion était plus grand — Il doit exister des motifs raisonnables de croire que les mesures conservatoires impliquant une perquisition ou une saisie permettront la «sauvegarde» des dossiers d'actifs — Pour autant qu'il autorise des mesures conservatoires de la nature d'une saisie en l'absence de motifs raisonnables de croire que celles-ci permettront la sauvegarde des dossiers, l'art. 14.03(1)(b) viole la garantie énoncée à l'art. 8 de la Charte — En l'espèce, il existait des motifs raisonnables de croire que les mesures conservatoires permettraient la sauvegarde des dossiers d'actifs.*

*Interprétation des lois — L'art. 14.03(1)(b) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité viole la garantie énoncée à l'art. 8 de la Charte dans la mesure où il autorise l'émission de mesures conservatoires de la nature d'une saisie en l'absence de motifs raisonnables de croire que ces mesures permettront la sauvegarde des dossiers d'actifs — «Interprétation atténuée» de l'art. 14.03(1)(b) de façon à ne pas autoriser les mesures conservatoires de la nature d'une «saisie» lorsque le surintendant, ou son délégué, n'a pas de motifs raisonnables de croire qu'elles permettront la sauvegarde des dossiers d'actifs.*

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le surintendant associé des faillites a décidé de prendre possession des dossiers qu'administraient les requérants pour les confier à un gardien, jusqu'à la fin de l'enquête et de l'audition disciplinaire portant sur leur conduite et leur administration. Louis Drolet, un syndic de faillite, a fait l'objet de nombreuses plaintes de manquement professionnel déposées au Bureau du surintendant des faillites, à Québec. Pendant que l'enquête et l'audition disciplinaire avaient lieu, M. Drolet a proposé à M. Tremblay la création d'un nouveau syndic corporatif, Groupe G. Tremblay Syndics Inc. Il consentait à ce que sa licence de syndic de faillite soit suspendue pour une période d'un an. Sa proposition avait été acceptée, mais elle n'avait pas encore été approuvée par le surintendant

G. Tremblay. A subsequent audit revealed deficiencies in the manner in which some of the records had been handled, but these were not disclosed to Mr. Daviault, the Superintendent's delegate to decide the fate of Drolet's trustee licence, who subsequently ratified the 1994 agreement. On April 6, 1995 a disciplinary committee was formed to investigate Groupe G. Tremblay's administration and activities. As well, the RCMP began investigating the administration and activities of Mr. Drolet, Mr. Tremblay and Groupe G. Tremblay. On August 31 search warrants issued authorizing the seizure of 18 of Groupe G. Tremblay's records. The same day the applicants received a letter informing them of the Deputy Superintendent's decision to issue a direction to protect all the estates administered by Groupe G. Tremblay until the completion of the investigation and to entrust the estate records to a guardian. The direction was issued under paragraphs 14.03(1)(b) and (2)(b) which provide that where there is an investigation pursuant to paragraph 5(3)(e), the Superintendent may direct any person to take the necessary steps to preserve the records of estates.

The issues were: (1) whether the Deputy Superintendent's decision was a decision within *Federal Court Act*, section 18.1; (2) whether he had gone beyond the inherent limitations of the discretion conferred on him by section 14.03; (3) whether he had exercised that discretion for improper purposes, in bad faith or in an arbitrary, unfair or unreasonable manner; (4) whether he was required to comply with the rules of natural justice; (5) whether the seizure infringed the applicants' Charter, section 7 rights by depriving them of their liberty in a manner not in accordance with the principles of fundamental justice; (6) whether section 14.03 was contrary to Charter, section 7 because it was too vague; (7) whether the taking of possession was a seizure within Charter, section 8; (8) whether section 14.03 contravened the Charter, section 8 right to be secure against unreasonable search and seizure and, if so, whether this infringement was saved by section 1; and (9) what was the appropriate remedy.

*Held*, the applications should be allowed in part. *Bankruptcy and Insolvency Act*, paragraph 14.03(1)(b) is declared of no force or effect to the extent that it authorizes the taking of conservatory measures in the nature of a "seizure" where there are no reasonable grounds to believe that the measures will make it possible to "preserve" the records of estates. They were, in the instant case, reasonable grounds for the conservatory measures taken.

lorsque les dossiers ont été transférés au Groupe G. Tremblay. Il est ressorti d'une vérification ultérieure que le traitement de certains des dossiers avait présenté des lacunes, mais celles-ci n'ont pas été rapportées à M. Daviault, le délégué du surintendant chargé de rendre une décision quant à la licence de syndic du requérant, M. Drolet, qui a par la suite entériné l'entente de 1994. Le 6 avril 1995, un comité disciplinaire a été formé pour enquêter quant à l'administration et aux activités du Groupe G. Tremblay. De même, la GRC avait débuté des enquêtes sur l'administration et les activités de MM. Drolet et Tremblay et du Groupe G. Tremblay. Le 31 août, des mandats de perquisition autorisant la saisie de 18 dossiers du Groupe G. Tremblay ont été délivrés. Les requérants ont reçu le même jour une lettre préparée par le surintendant associé les informant de la décision qu'il avait prise d'émettre des instructions visant à protéger tous les actifs administrés par le Groupe G. Tremblay et ce, jusqu'à ce que se termine l'enquête en cours et à confier les dossiers d'actifs à un gardien. Les instructions de mesures conservatoires furent émises en vertu des alinéas 14.03(1)b) et 14.03(2)b), lesquels disposent que, dans le cadre d'une enquête tenue en vertu de l'alinéa 5(3)e), le surintendant peut donner instruction à quiconque de prendre les mesures nécessaires à la sauvegarde des dossiers d'actifs.

Les questions en litige étaient les suivantes: 1) la décision du surintendant associé constituait-elle une décision selon le sens donné à cette expression à l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*?; 2) le surintendant associé a-t-il excédé sa juridiction en outrepassant les limites intrinsèques du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 14.03?; 3) a-t-il utilisé ce pouvoir discrétionnaire à des fins impropres, de mauvaise foi ou de façon arbitraire, injuste ou déraisonnable; 4) était-il tenu de respecter les règles de justice naturelle?; 5) la prise de possession contrevenait-elle à l'article 7 de la Charte en ce qu'elle portait atteinte à la liberté des requérants sans que ne soient respectés les principes de justice fondamentale?; 6) l'article 14.03 était-il contraire à l'article 7 de la Charte parce que trop vague et imprécis?; 7) la prise de possession constituait-elle une saisie ou une perquisition selon le sens donné à cette expression à l'article 8 de la Charte?; 8) l'article 14.03 était-il contraire à la garantie énoncée à l'article 8 de la Charte en matière de fouilles, perquisitions et saisies abusives et, dans l'affirmative, cette violation était-elle rachetée par le jeu de l'article premier?; 9) quelle était la réparation appropriée?

*Jugement*: les demandes doivent être accueillies en partie. L'alinéa 14.03(1)b) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* est inopérant dans la mesure où il autorise l'émission de mesures conservatoires de la nature d'une «saisie» en l'absence de motifs raisonnables de croire que ces mesures permettront la «sauvegarde» des dossiers d'actifs. Il existait, en l'espèce, des motifs raisonnables de croire que les mesures conservatoires permettraient d'assurer la «sauvegarde» des dossiers d'actifs.

(1) The Deputy Superintendent's decision was a decision within the meaning of *Federal Court Act*, section 18.1. It had a final effect on the applicants' rights, because the seized records were administered by a representative of the Superintendent and could not, in all likelihood, be returned to them until the end of the disciplinary process. Moreover in most instances the administration of the seized records would probably be complete by the time the disciplinary process ended.

(2) The Deputy Superintendent did not exceed his jurisdiction in exercising his discretion. Given the seriousness of the alleged irregularities, the seizure was intended to ensure that debtors and creditors did not suffer any harm pending completion of the investigation. The sole purpose of the conservatory measures was to preserve estate records. Because of their fiduciary role, trustees must be as transparent as possible in administering the records entrusted to them. They manage the property of others for the benefit of all creditors. Once the relationship of trust had disintegrated, the Deputy Superintendent had no choice but to take possession of all the records. It was impossible to select certain records that the applicants could have continued to handle without jeopardizing the administration of property belonging to others. Such a decision was not unreasonable.

The power to "preserve" estates set out in section 14.03 was not used to "recover" estate records. The alleged actions endangered estates under the administration and control of the trustees, and conservatory measures were taken to prevent the occurrence of further misconduct.

The conservatory measures direction did not rescind Mr. Daviault's decision. While Mr. Daviault's decision concerned Mr. Drolet's conduct the seizure was necessitated by the misconduct of Mr. Tremblay and the corporate trustee that he headed. The events on which the two decisions were based occurred at two different times.

(3) The applicants will have an opportunity for a hearing as part of the disciplinary proceedings and they can raise all their defences during that hearing. In the meantime it was the Superintendent's duty to act quickly to protect estates. The applicants were given numerous opportunities to provide explanations of the misconduct alleged against them, but neglected to do so. They had only their own carelessness to blame.

(4) *Federal Court Act*, subsection 18.1(4) authorizes the Court to review findings of fact that are not supported by the evidence or that an assessment of the evidence as a

1) La décision du surintendant associé constituait une décision selon le sens donné à cette expression à l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Elle affectait les droits des requérants de façon définitive en ce que les dossiers saisis étaient administrés par un représentant du surintendant et ne pouvaient vraisemblablement leur être remis qu'à la fin du processus disciplinaire. D'ailleurs, dans la plupart des cas, il est probable que l'administration des dossiers saisis sera complétée au moment où se terminera le processus disciplinaire.

2) Le surintendant associé n'a pas excédé sa compétence en exerçant son pouvoir discrétionnaire. Compte tenu de la gravité des irrégularités reprochées, la prise de possession visait à assurer que les débiteurs et créanciers ne subissent aucun préjudice en attendant que l'enquête en cours soit complétée. Les mesures conservatoires n'avaient de fin autre que la sauvegarde des dossiers d'actifs. Étant donné leur rôle de fiduciaire, les syndics doivent faire preuve de la plus grande transparence dans l'administration des dossiers qui leur sont confiés. Ils gèrent le bien d'autrui pour le bénéfice de l'ensemble des créanciers. Une fois le lien de confiance brisé, le surintendant associé n'avait d'autre choix que de prendre possession de l'ensemble des dossiers. Il lui est apparu impossible de choisir certains dossiers dans lesquels les requérants auraient pu continuer à occuper sans pour autant mettre en péril l'administration des biens d'autrui. Une telle décision n'était pas déraisonnable.

Le pouvoir «de sauvegarde» des actifs prévu à l'article 14.03 n'a pas été utilisé en l'espèce comme «récupération» de dossiers d'actifs. Les gestes reprochés mettaient en péril les actifs sous l'administration et le contrôle des syndics et c'est pour prévenir la survenance de nouveaux manquements que les mesures conservatoires ont été prises.

Les instructions pour mesures conservatoires n'ont pas révoqué la décision de M. Daviault. Alors que la décision de M. Daviault avait pour objet la conduite de M. Drolet, la saisie avait été rendue nécessaire en raison des manquements de M. Tremblay et du syndic corporatif à la tête duquel il était. Les faits qui sont à la base de ces deux décisions sont survenus à deux époques différentes.

3) Les requérants auront l'occasion d'avoir une audition dans le cadre de la procédure disciplinaire au cours de laquelle ils pourront faire valoir tous leurs moyens de défense. En attendant, il était du devoir du surintendant d'agir rapidement afin d'assurer la sauvegarde des actifs. À maintes reprises, les requérants ont eu l'occasion de fournir des explications sur les divers manquements reprochés, mais ils ont négligé d'y répondre. Ils ne peuvent que se plaindre de leur propre incurie.

4) Le paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur la Cour fédérale* permet à la Cour de réviser les conclusions de faits lorsqu'elles ne sont pas supportées par la preuve ou lorsqu'

whole shows to be unreasonable. The evidence showed that the Deputy Superintendent had evidence of serious misconduct in their administration. In light of this evidence and the seriousness of the misconduct noted in various reports, the Deputy Superintendent's decision to take conservatory measures to protect the estates administered by the applicants was reasonable.

(5) Charter, section 7 guarantees the right not to be deprived of life, liberty or security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. Only the right to liberty could have been at issue herein. While the right to liberty includes the right to practice a profession, the issue did not arise herein because the conservatory measures ordered by the Superintendent did not affect the existence or validity of the applicants' trustee licence.

(6) The doctrine of vagueness is applicable under Charter, section 7 only if the sanction provided for in the provision may deprive someone of life, liberty or security of the person. The measures provided for in section 14.03 do not affect the right to practice a profession. In any event, paragraph 5(3)(e) and section 14.03 provide "sufficient guidance for legal debate". Although the Superintendent has the discretion to decide what conservatory measures are needed in each situation, the circumstances in which such measures may be taken and the goal to be achieved, namely preserving the records of estates, are specified. The doctrine of vagueness was inapplicable.

(7) Charter, section 8 provides that everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure. The essence of a seizure under section 8 is the taking of a thing from a person by a public authority without that person's consent. The taking of possession on September 1, 1995 was a "seizure" within the meaning given to that term in section 8. For a true waiver, the person purporting to consent must be possessed of the requisite informational foundation. The applicant Tremblay felt that he had no choice; he simply submitted to the requirements of the representatives of the Office of the Superintendent who appeared at his place of business accompanied by bailiffs. Moreover, they had been preceded that day by RCMP officers, who had search warrants issued by a justice of the peace. As Mr. Tremblay saw it, the search conducted by the representatives of the Office of the Superintendent came within the scope of the police operation of the same morning. He did not consent freely and voluntarily to the seizure thereby waiving the guarantee conferred on the applicants by section 8.

qu'une évaluation de la preuve dans son ensemble démontre que la conclusion est déraisonnable. La preuve a révélé que le surintendant associé avait la preuve de manquements graves dans leur administration. Compte tenu de cette preuve et de la gravité des manquements soulevés dans divers rapports, la décision du surintendant associé de prendre des mesures conservatoires efficaces pour sauvegarder les actifs sous l'administration des requérants était raisonnable.

5) L'article 7 de la Charte garantit aux sujets de droit qui peuvent en bénéficier qu'il ne sera porté atteinte à leur vie, à leur liberté et à leur sécurité qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. En l'espèce, il convenait de s'attarder seulement au droit à la liberté. Bien que le droit à la liberté inclue le droit d'exercer une profession, cette question ne se soulevait pas dans le présent dossier puisque les mesures conservatoires décrétées par le surintendant n'ont aucunement affecté l'existence et la validité de leur licence de syndic.

6) La théorie de l'imprécision trouve application à l'article 7 de la Charte que si la sanction prévue à cette disposition risque de porter atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Les mesures prévues à l'article 14.03 ne concernent pas le droit à l'exercice d'une profession. À tout événement, l'alinéa 5(3)e) et l'article 14.03 constituent «un guide suffisant pour donner lieu à un débat judiciaire». Bien que le surintendant ait la discrétion de décider quelles mesures conservatoires seront nécessaires dans chaque situation, les circonstances pouvant donner lieu à de telles mesures y sont énumérées ainsi que le but poursuivi, soit la sauvegarde des dossiers d'actifs. La théorie de l'imprécision ne pouvait, dans ces circonstances, trouver application.

7) L'article 8 de la Charte énonce que chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Il y a saisie selon le sens donné à cette expression à l'article 8 lorsque les autorités prennent une chose appartenant à une personne sans son consentement. La prise de possession du 1<sup>er</sup> septembre 1995 constituait une «saisie» au sens de l'article 8. Pour qu'une renonciation soit réelle, la personne qui est sensée avoir donné son consentement doit disposer de tous les renseignements requis. Le requérant Tremblay a estimé ne pas avoir de choix; il s'est tout simplement plié aux exigences des représentants du Bureau du surintendant qui se sont présentés à sa place d'affaires accompagnés de huissiers. Par ailleurs, les représentants du Bureau du surintendant furent précédés, ce jour là, d'agents de la GRC qui eux détenaient des mandats de perquisition délivrés par un juge de paix. Pour M. Tremblay, la perquisition menée par les représentants du Bureau du surintendant s'inscrivait dans le cadre de l'opération policière menée en matinée. Il n'a pas consenti librement et volontairement à la saisie renonçant ainsi à la garantie que l'article 8 conférait aux requérants.

(8) The purpose of the set of provisions including sections 14.01, 14.02 and 14.03 is the supervision of trustees' administration and conduct. Parliament's primary aim was to protect third parties, whether debtors or creditors. Such rules were necessary because trustees act as fiduciaries and as such are responsible for administering property owned by others. The documents administered by trustees are, according to law, public documents. The expectation of privacy associated with documents produced in the course of operating a regulated business, is lower than the expectation of privacy associated with documents that are strictly personal and private. The balance to be struck between society's interests and the applicants' expectation of privacy, which in the circumstances was low, did not require a strict application of the criteria established by the Supreme Court of Canada in *Hunter et al. v. Southam Inc.* to determine whether a search and seizure was reasonable. It is necessary to strike a balance between the reasonable expectation of privacy and the seriousness of the intrusion resulting from the search or seizure. The reasonable grounds requirement will not be applicable when the case involves checks and inspections that a person in a regulated activity must expect or when it would be unjustified given the low degree of intrusion. Since this case involved a search of private premises that was not conducted as part of a regulatory inspection, the degree of intrusion was greater than it would be in a case involving a request for the production of documents. When conservatory measures involve a search or seizure within the meaning of Charter section 8, those measures cannot be taken unless there are reasonable grounds to believe that they will make it possible to "preserve" the records of estates. In so far as it authorizes conservatory measures in the nature of a "seizure" where there are no reasonable grounds to believe that the measures will make it possible to "preserve" the records of an estate, paragraph 14.03(1)(b) infringes the guarantee set out in Charter, section 8. That infringement was not saved by section 1, no evidence having been adduced in this regard.

(9) The appropriate remedy was to "read down" paragraph 14.03(1)(b) so that the conservatory measures in the nature of a "seizure" are not authorized unless the Superintendent or his delegate has reasonable grounds to believe that they will make it possible to "preserve" the records of estates. Reading down satisfied Parliament's legitimate concerns for effective law enforcement without offending the reasonable seizure requirement under Charter, section 8. Judicial review was available after the fact to verify the existence of reasonable grounds and that provides an adequate guarantee against an abuse of the

8) Les articles 14.01, 14.02 et 14.03 font partie d'un ensemble de dispositions qui ont essentiellement pour objet la surveillance de l'administration et de la conduite des syndics. Le législateur cherche avant tout à protéger les tiers, qu'ils soient débiteurs ou créanciers. La nature du rôle qu'exercent les syndics rend nécessaire l'existence de telles règles. En effet ceux-ci agissent à titre de fiduciaires et, à ce titre, ils sont chargés de l'administration des biens appartenant à autrui. Les documents sous l'administration des syndics sont de par la loi des documents publics. L'expectative de vie privée qui se rattache à de tels documents, à savoir des documents produits dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise réglementée, est moindre que celle qui se rattache à des documents de nature strictement personnelle et privée. L'équilibre recherché entre les intérêts sociaux et l'expectative de vie privée des requérants, qui dans un tel contexte est faible, ne requerrait pas l'application rigoureuse des critères établis par la Cour suprême du Canada dans *Hunter et autres c. Southam Inc.* pour déterminer si une perquisition et saisie était raisonnable. Il s'agit donc d'établir un équilibre entre l'expectative raisonnable de vie privée et la gravité de l'intrusion résultant de la saisie ou de la perquisition. L'exigence de motifs raisonnables sera inapplicable lorsqu'il s'agit de vérifications et inspections auxquelles une personne impliquée dans une activité réglementée doit raisonnablement s'attendre. De même, on se refusera à appliquer le critère lorsque son application serait injustifiée eu égard au faible degré d'intrusion. Puisqu'il s'agit, dans la présente affaire, d'une perquisition dans les locaux privés qui n'a pas été exécutée dans le cadre d'une inspection réglementaire, le degré d'intrusion était plus grand que par exemple dans le cas d'une demande de production de documents. Lorsque les mesures conservatoires impliquent une perquisition ou une saisie selon le sens donné à cette expression à l'article 8 de la Charte, elles ne peuvent avoir lieu sans des motifs raisonnables de croire qu'elles permettront la «sauvegarde» des dossiers d'actifs. Pour autant qu'il autorise des mesures conservatoires de la nature d'une «saisie» en l'absence de motifs raisonnables de croire que celles-ci permettront la «sauvegarde» des dossiers d'actifs, l'alinéa 14.03(1)(b) viole la garantie énoncée à l'article 8 de la Charte. Cette violation n'est pas rachetée par le jeu de l'article premier, aucune preuve n'ayant été présentée à cet égard.

9) La réparation appropriée dans les circonstances était d'accorder une «interprétation atténuée» de l'alinéa 14.03(1)(b) de façon à ne pas autoriser les mesures conservatoires de la nature d'une «saisie» lorsque le surintendant, ou son délégué, n'a pas de motifs raisonnables de croire qu'elles permettront la «sauvegarde» des dossiers d'actifs. L'interprétation atténuée rencontrait les préoccupations légitimes du législateur d'une application efficace de la loi sans pour autant empiéter sur l'exigence d'une saisie non abusive garantie à l'article 8 de la Charte. L'existence de motifs raisonnables pourra être vérifiée

statutory power. In the case at bar, the Deputy Superintendent had reasonable grounds to believe that the conservatory measures would make it possible to "preserve" the records of estates. There was evidence of very serious misconduct which called for effective and prompt action to protect the estates of third parties.

dans le cadre d'un contrôle judiciaire après le fait, ce qui offre une garantie suffisante contre tout abus possible du pouvoir conféré par la loi. En l'espèce, le surintendant associé avait des motifs raisonnables de croire que les mesures conservatoires permettraient d'assurer la «sauvegarde» des dossiers d'actifs. La preuve au dossier faisait état de manquements très graves, lesquels commandaient une mesure efficace et prompte pour assurer la sauvegarde des actifs appartenant aux tiers.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3 (as am. by S.C. 1992, c. 27, s. 2), ss. 5(3)(a) (as am. *idem*, s. 5), (c),(e), 10 (as am. *idem*, s. 7), 14.01 (as enacted *idem*, s. 9), 14.02 (as enacted *idem*), 14.03 (as enacted *idem*).

*Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 8, 12.

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4).

*Tobacco Tax Act*, R.S.O. 1980, c. 502, s. 15.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 40 C.R.R. 100; 93 N.R. 183; *Homex Realty and Development Co. Ltd. v. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 S.C.R. 1011; (1980), 116 D.L.R. (3d) 1; 13 M.P.L.R. 234; 33 N.R. 475; *Bunn v. Law Society of Manitoba* (1990), 63 Man.R. (2d) 210 (Q.B.); *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; (1992), 114 N.S.R. (2d) 91; 93 D.L.R. (4th) 36; 313 A.P.R. 91; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; 139 N.R. 241; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; (1995), 125 D.L.R. (4th) 385; 99 C.C.C. (3d) 97; 17 C.E.L.R. (N.S.) 129; 41 C.R. (4th) 147; 30 C.R.R. (2d) 252; 183 N.R. 325; 82 O.A.C. 243; *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145; (1994), 92 C.C.C. (3d) 404; 33 C.R. (4th) 147; 24

#### 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, 7, 8, 12.

*Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4).

*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3 (mod. par L.C. 1992, ch. 27, art. 2), art. 5(3)(a) (mod., *idem*, art. 5), (c),(e), 10 (mod., *idem*, art. 7), 14.01 (édicte, *idem*, art. 9), 14.02 (édicte, *idem*), 14.03 (édicte, *idem*).

*Tobacco Tax Act*, R.S.O. 1980, ch. 502, art. 15.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 40 C.R.R. 100; 93 N.R. 183; *Homex Realty and Development Co. Ltd. c. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 R.C.S. 1011; (1980), 116 D.L.R. (3d) 1; 13 M.P.L.R. 234; 33 N.R. 475; *Bunn v. Law Society of Manitoba* (1990), 63 Man.R. (2d) 210 (B.R.); *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; (1992), 114 N.S.R. (2d) 91; 93 D.L.R. (4th) 36; 313 A.P.R. 91; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; 139 N.R. 241; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; (1995), 125 D.L.R. (4th) 385; 99 C.C.C. (3d) 97; 17 C.E.L.R. (N.S.) 129; 41 C.R. (4th) 147; 30 C.R.R. (2d) 252; 183 N.R. 325; 82 O.A.C. 243; *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; (1994), 92 C.C.C. (3d) 404; 33 C.R. (4th) 147; 24

C.R.R. (2d) 51; 171 N.R. 1; *R. v. Nielsen*, [1988] 6 W.W.R. 1; (1988), 66 Sask. R. 293; 43 C.C.C. (3d) 548; 39 C.R.R. 147 (C.A.); *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154; (1995), 129 D.L.R. (4th) 129; 65 B.C.A.C. 1; 102 C.C.C. (3d) 144; 18 C.E.L.R. (N.S.) 237; 43 C.R. (4th) 343; 32 C.R.R. (2d) 234; 188 N.R. 248; 106 W.A.C. 1; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; (1988), 73 Nfld. & P.E.I.R. 13; 55 D.L.R. (4th) 503; 229 A.P.R. 13; 45 C.C.C. (3d) 244; 66 C.R. (3d) 348; 38 C.R.R. 301; 10 M.V.R. (2d) 1; 89 N.R. 249; *Johnson v. Ontario (Minister of Revenue)* (1990), 75 O.R. (2d) 558; 73 D.L.R. (4th) 661; 1 C.R.R. (2d) 293; 25 M.V.R. (2d) 78; 41 O.A.C. 129; 3 T.C.T. 5289 (C.A.).

## DISTINGUISHED:

*Szczecka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 116 D.L.R. (4th) 333; 25 Imm. L.R. (2d) 70; 170 N.R. 58 (F.C.A.).

## CONSIDERED:

*R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; (1988), 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; [1990] 4 W.W.R. 481; (1990), 68 Man.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 65; 77 C.R. (3d) 1; 48 C.R.R. 1; 109 N.R. 81; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41; (1982), 132 D.L.R. (3d) 354; 65 C.C.C. (2d) 65; 26 C.R. (3d) 343; 44 N.R. 103; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; (1990), 65 D.L.R. (4th) 161; 54 C.C.C. (3d) 417; 29 C.P.R. (3d) 97; 76 C.R. (3d) 129; 47 C.R.R. 1; 106 N.R. 161; 39 O.A.C. 161.

## REFERRED TO:

*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 11 C.H.R.R. D/1; 89 CLLC 17,022; 100 N.R. 241; *Wilson v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1988), 53 D.L.R. (4th) 171; [1989] 2 W.W.R. 1; 30 B.C.L.R. (2d) 1; 34 Admin. L.R. 235; 41 C.R.R. 276 (B.C.C.A.); *Howard v. Architectural Inst. of B.C.* (1989), 40 B.C.L.R. (2d)

C.R.R. (2d) 51; 171 N.R. 1; *R. v. Nielsen*, [1988] 6 W.W.R. 1; (1988), 66 Sask. R. 293; 43 C.C.C. (3d) 548; 39 C.R.R. 147 (C.A.); *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154; (1995), 129 D.L.R. (4th) 129; 65 B.C.A.C. 1; 102 C.C.C. (3d) 144; 18 C.E.L.R. (N.S.) 237; 43 C.R. (4th) 343; 32 C.R.R. (2d) 234; 188 N.R. 248; 106 W.A.C. 1; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; (1988), 73 Nfld. & P.E.I.R. 13; 55 D.L.R. (4th) 503; 229 A.P.R. 13; 45 C.C.C. (3d) 244; 66 C.R. (3d) 348; 38 C.R.R. 301; 10 M.V.R. (2d) 1; 89 N.R. 249; *Johnson v. Ontario (Minister of Revenue)* (1990), 75 O.R. (2d) 558; 73 D.L.R. (4th) 661; 1 C.R.R. (2d) 293; 25 M.V.R. (2d) 78; 41 O.A.C. 129; 3 T.C.T. 5289 (C.A.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Szczecka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 116 D.L.R. (4th) 333; 25 Imm. L.R. (2d) 70; 170 N.R. 58 (C.A.F.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; (1988), 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; [1990] 4 W.W.R. 481; (1990), 68 Man.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 65; 77 C.R. (3d) 1; 48 C.R.R. 1; 109 N.R. 81; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41; (1982), 132 D.L.R. (3d) 354; 65 C.C.C. (2d) 65; 26 C.R. (3d) 343; 44 N.R. 103; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; (1990), 65 D.L.R. (4th) 161; 54 C.C.C. (3d) 417; 29 C.P.R. (3d) 97; 76 C.R. (3d) 129; 47 C.R.R. 1; 106 N.R. 161; 39 O.A.C. 161.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 11 C.H.R.R. D/1; 89 CLLC 17,022; 100 N.R. 241; *Wilson v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1988), 53 D.L.R. (4th) 171; [1989] 2 W.W.R. 1; 30 B.C.L.R. (2d) 1; 34 Admin. L.R. 235; 41 C.R.R. 276 (C.A.C.-B.); *Howard v. Architectural Inst. of B.C.* (1989), 40 B.C.L.R. (2d)

315; 39 Admin. L.R. 277; 47 C.R.R. 328 (S.C.); *Richardson v. Assn. of Prof. Engineers*, [1990] 1 W.W.R. 709; (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 130 (S.C.); *Harvey v. Law Society of Newfoundland* (1992), 93 Nfld. & P.E.I.R. 339; 88 D.L.R. (4th) 487; 2 Admin. L.R. (2d) 306; 292 A.P.R. 339 (S.C.); *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; (1993), 145 A.R. 104; [1993] 8 W.W.R. 287; 12 Alta. L.R. (3d) 305; 84 C.C.C. (3d) 203; 24 C.R. (4th) 47; 17 C.R.R. (2d) 297; 157 N.R. 321; 55 W.A.C. 104; *Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards, Re* (1985), 51 O.R. (2d) 509; 20 D.L.R. (4th) 156; 85 CLLC 14,033; 17 C.R.R. 78; 10 O.A.C. 11 (C.A.); *R. v. Ezzeddine (M.)* (1996), 183 A.R. 37; [1996] 6 W.W.R. 684; 38 Alta. L.R. (3d) 385 (Q.B.); *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; [1993] 8 W.W.R. 257; 35 B.C.A.C. 1; 84 C.C.C. (3d) 173; 24 C.R. (4th) 1; 17 C.R.R. (2d) 269; 159 N.R. 161; 57 W.A.C. 1; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; (1990), 68 D.L.R. (4th) 568; 55 C.C.C. (3d) 530; 76 C.R. (3d) 283; 47 C.R.R. 151; [1990] 2 C.T.C. 103; 90 DTC 6243; 106 N.R. 385; 39 O.A.C. 385.

#### AUTHORS CITED

Garant, P. *Droit administratif*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd. Cowansville (Qué.): Yvon Blais, 1991.

APPLICATIONS for judicial review of the Deputy Superintendent of Bankruptcy's decision to seize records administered by the applicants and entrust them to a guardian until completion of an investigation and disciplinary hearing. Applications allowed only in so far as *Bankruptcy and Insolvency Act*, paragraph 14.03(1)(b) was declared of no force and effect to the extent that it authorizes the taking of conservatory measures in the nature of a "seizure" where there are no reasonable grounds to believe that the measures will make it possible to "preserve" the records of estates.

#### COUNSEL:

*Daniel Des Aulniers, Raymond Gagnon and Jean-Philippe Gervais* for applicants.  
*Robert Monette and Alain Lafontaine* for respondents and *mis-en-cause*.

#### SOLICITORS:

*Jolin, Fournier, Morisset, Sainte-Foy, Quebec and Gervais & Associés*, Montréal, for applicants.

315; 39 Admin. L.R. 277; 47 C.R.R. 328 (C.S.); *Richardson v. Assn. of Prof. Engineers*, [1990] 1 W.W.R. 709; (1989), 41 B.C.L.R. (2d) 130 (C.S.); *Harvey v. Law Society of Newfoundland* (1992), 93 Nfld. & P.E.I.R. 339; 88 D.L.R. (4th) 487; 2 Admin. L.R. (2d) 306; 292 A.P.R. 339 (C.S.); *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; (1993), 145 A.R. 104; [1993] 8 W.W.R. 287; 12 Alta. L.R. (3d) 305; 84 C.C.C. (3d) 203; 24 C.R. (4th) 47; 17 C.R.R. (2d) 297; 157 N.R. 321; 55 W.A.C. 104; *Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards, Re* (1985), 51 O.R. (2d) 509; 20 D.L.R. (4th) 156; 85 CLLC 14,033; 17 C.R.R. 78; 10 O.A.C. 11 (C.A.); *R. v. Ezzeddine (M.)* (1996), 183 A.R. 37; [1996] 6 W.W.R. 684; 38 Alta. L.R. (3d) 385 (B.R.); *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; [1993] 8 W.W.R. 257; 35 B.C.A.C. 1; 84 C.C.C. (3d) 173; 24 C.R. (4th) 1; 17 C.R.R. (2d) 269; 159 N.R. 161; 57 W.A.C. 1; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; (1990), 68 D.L.R. (4th) 568; 55 C.C.C. (3d) 530; 76 C.R. (3d) 283; 47 C.R.R. 151; [1990] 2 C.T.C. 103; 90 DTC 6243; 106 N.R. 385; 39 O.A.C. 385.

#### DOCTRINE

Garant, P. *Droit administratif*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd. Cowansville (Qué.): Yvon Blais, 1991.

DEMANDES de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le surintendant associé des faillites a décidé de prendre possession des dossiers qu'administraient les requérants pour les confier à un gardien, jusqu'à la fin d'une enquête et d'une audition disciplinaire. Les demandes doivent être accueillies en partie seulement, l'alinéa 14.03(1)(b) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* étant déclaré inopérant dans la mesure où il autorise l'émission de mesures conservatoires de la nature d'une «saisie» en l'absence de motifs raisonnables de croire que ces mesures permettront la «sauvegarde» des dossiers d'actifs.

#### AVOCATS:

*Daniel Des Aulniers, Raymond Gagnon et Jean-Philippe Gervais* pour les requérants.  
*Robert Monette et Alain Lafontaine* pour les intimés et *mis-en-cause*.

#### PROCUREURS:

*Jolin, Fournier, Morisset, Sainte-Foy (Québec) et Gervais & Associés*, Montréal, pour les requérants.



*DeBlois & Associés, Québec, and Deputy Attorney General of Canada for respondents and mis-en-cause.*

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

TREMBLAY-LAMER J.:

## INTRODUCTION

- 1 This case raises the issue of whether section 14.03 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*<sup>1</sup> (BIA) is constitutional. That section authorizes the Superintendent, in certain expressly stated circumstances, to take the necessary steps to preserve the records of estates.
- 2 In the fall of 1995, in the exercise of that power, the Deputy Superintendent took possession of records administered by the applicants and entrusted them to a guardian until the completion of the investigation and disciplinary hearing into the applicants' conduct and administration.
- 3 These applications for judicial review relate to that taking of possession.

## THE FACTS

- 4 Louis Drolet is one of the applicants in application for judicial review No. T-1918-95. He began working as a trustee with Gingsberg, Gingras & Associés, a corporate trustee, on February 2, 1990. From 1991 to 1993, numerous complaints were made against him, primarily to the Office of the Superintendent of Bankruptcy in Québec. He was alleged to have committed improper acts in administering estate records, which is what led to the end of his association with Gingsberg, Gingras & Associés.
- 5 At that time, Ginette Trahan was the Official Receiver and Assistant Superintendent for the district of Québec. After receiving the complaints about Mr. Drolet's activities, she informed Marc Mayrand, the Deputy Superintendent (Policy, Programs and Standards). In view of the seriousness of the

*DeBlois & Associés, Québec, et le sous-procureur général du Canada pour les intimés et mis-en-cause.*

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

LE JUGE TREMBLAY-LAMER:

## INTRODUCTION

- 1 Le présent litige soulève la question de la constitutionnalité de l'article 14.03 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*<sup>1</sup> (ci-après LFI) qui, dans certaines circonstances expressément énumérées, permet au surintendant de prendre des mesures nécessaires pour la sauvegarde des dossiers d'actif.
- 2 C'est dans l'exercice de ce pouvoir que le surintendant associé prit possession, à l'automne 1995, des dossiers qu'administraient les requérants pour les confier à un gardien, jusqu'à la fin de l'enquête et de l'audition disciplinaire portant sur leur conduite et leur administration.
- 3 Cette prise de possession fait l'objet des présentes demandes de contrôle judiciaire.

## LES FAITS

- 4 M. Louis Drolet est l'un des requérants dans la demande de contrôle judiciaire n° T-1918-95. Il exerce la profession de syndic chez Gingsberg, Gingras & Associés, syndic corporatif, depuis le 2 février 1990. De 1991 à 1993, celui-ci fit l'objet de nombreuses plaintes lesquelles furent déposées principalement au Bureau du surintendant des faillites à Québec. On lui reproche des actes dérogatoires commis dans l'administration de dossiers d'actifs, ce qui cause la fin de son association avec la firme Gingsberg, Gingras & Associés.
- 5 M<sup>me</sup> Ginette Trahan était, à cette époque, séquestre officielle et surintendante adjointe pour le district de Québec. Suite à la réception des plaintes afférentes aux activités de M. Drolet, elle en informe le surintendant associé (politiques, programmes et normes), M<sup>c</sup> Marc Mayrand. Compte tenu de la gravité des

improper acts alleged against Mr. Drolet, the Deputy Superintendent announced that a disciplinary committee would be formed.

actes dérogatoires lui étant reprochés, le surintendant associé annonce la création d'un comité disciplinaire.

6 While the committee was considering his case, Mr. Drolet contacted the Deputy Superintendent to tell him of a plan to create a new corporate trustee. He submitted the proposal in order to settle the dispute associated with his disciplinary case. Mr. Drolet and Mr. Tremblay planned to work together for Groupe G. Tremblay Syndics Inc. (Groupe G. Tremblay). Mr. Drolet agreed to transfer all the records he had handled while working for Gingsberg, Gingras & Associés to the newly formed corporate trustee. Mr. Tremblay was to do the same with his own records. Mr. Drolet further agreed that his licence as a trustee in bankruptcy would be suspended for a period of one year, from September 1, 1994 to September 1, 1995.

6 Alors que ce comité procédait à l'analyse de son dossier, M. Drolet communique avec le surintendant associé afin de lui faire part d'un projet de création d'un nouveau syndic corporatif. Il soumet cette proposition afin que se règle le différend qui entoure son dossier disciplinaire. MM. Drolet et Tremblay se proposaient d'œuvrer ensemble pour le compte du Groupe G. Tremblay Syndics Inc. (ci-après le Groupe G. Tremblay). M. Drolet convenait de transférer à ce syndic corporatif nouvellement constitué tous les dossiers dans lesquels il avait occupé alors qu'il était au service de Gingsberg, Gingras & Associés. M. Tremblay devait faire de même avec ses propres dossiers. En outre, M. Drolet consentait à ce que sa licence de syndic de faillite soit suspendue pour une période d'un an débutant le 1<sup>er</sup> septembre 1994 et se terminant le 1<sup>er</sup> septembre 1995.

7 In September 1994, the proposal was finally accepted. An agreement was entered into with respect thereto by Mr. Drolet, Mr. Tremblay, the Deputy Superintendent and Gingsberg, Gingras & Associés. Although Mr. Tremblay had been audited in 1992, the Deputy Superintendent said he was satisfied that Mr. Tremblay was competent. To be fully executory, however, the agreement had to be approved by the Superintendent of Bankruptcy, Georges Redling (the Superintendent). To this end, the Deputy Superintendent filed a report with the Office of the Superintendent recommending that the agreement be ratified. On receiving the report and the recommendation, the Superintendent, under sections 14.01 [as enacted *idem*] and 14.02 [as enacted *idem*] of the BIA, delegated his powers, duties and functions in dealing with the matter to François Daviault, who was to hear the parties and render a decision on the trustee licence of the applicant Mr. Drolet.

7 C'est en septembre 1994 que la proposition est finalement acceptée. Elle fait l'objet d'une entente entre M. Drolet, M. Tremblay, le surintendant associé et la firme Gingsberg, Gingras & Associés. Bien qu'il ait fait l'objet d'une vérification en 1992, le surintendant associé se dit satisfait de la compétence de M. Tremblay. L'entente devait toutefois, pour devenir pleinement exécutoire, être approuvée par le surintendant des faillites, M. Georges Redling (ci-après le surintendant). À cette fin, le surintendant associé déposa, au bureau du surintendant, un rapport recommandant que soit entérinée ladite entente. Saisi de ce rapport et de cette recommandation, le surintendant, s'autorisant des articles 14.01 [édicte, *idem*] et 14.02 [édicte, *idem*] de la LFI, délégua ses fonctions et attributions relativement à cette question à M<sup>e</sup> François Daviault. Celui-ci devait entendre les parties et rendre une décision quant à la licence de syndic du requérant, M. Drolet.

8 Although, to become executory, the agreement had to be ratified subsequently by the Superintendent, or in this case his delegate, it was nevertheless applied as soon as it was concluded. Thus, records

8 Bien que, pour devenir exécutoire, elle devait être subséquemment entérinée par le surintendant, en l'espèce par son délégué, l'entente fut néanmoins appliquée dès sa conclusion. Ainsi, dès l'automne

began to be transferred to Groupe G. Tremblay in the fall of 1994. From that time on, the records administered by Groupe G. Tremblay were as follows: (1) records on which Mr. Drolet had worked while with Gingsberg, Gingras & Associés; (2) new records of Groupe G. Tremblay; (3) Québec records handled pursuant to Mr. Tremblay's personal licence; and (4) Montréal records handled pursuant to Mr. Tremblay's personal licence.

9 In October 1994, the Assistant Superintendent for the district of Québec, Ms. Trahan, decided to audit the Québec records handled pursuant to Mr. Tremblay's personal licence. Laurent Lachance, an auditor, was assigned to do the work. In spite of the deficiencies reported by the auditor, the Assistant Superintendent and the Deputy Superintendent decided not to say anything to Mr. Daviault, the delegate, before he rendered his decision.

10 By mid-March 1995, the new Assistant Superintendent for the district of Québec, Denis Gilbert, had already informed the Deputy Superintendent that numerous complaints had been filed against the corporate trustee Groupe G. Tremblay. The complaints referred not only to administrative deficiencies, such as slowness in issuing certificates of discharge, but also to much more serious misconduct.

11 On March 27, 1995, Mr. Daviault rendered his decision, at the end of which he ratified the September 1994 agreement.

12 On April 6, 1995, the Deputy Superintendent called a special meeting, at which, relying on paragraph 5(3)(e) of the BIA, he announced the formation of a committee to investigate Mr. Tremblay's administration of estates. The committee was also given the more general mandate to investigate Groupe G. Tremblay's administration and activities. It was in that context that the Office of the Superintendent first contacted François A. Gouin, a trustee. Subsequently, in May 1995, at a conference of the Canadian Insolvency Association, the Deputy Superintendent approached Mr. Gouin personally to discuss the same mandate.

1994, s'amorça un transfert de dossiers à la faveur du Groupe G. Tremblay. Dès lors, les dossiers administrés par le Groupe G. Tremblay sont les suivants: (1) les dossiers dans lesquels M. Drolet avait œuvré alors qu'il était au service de Gingsberg, Gingras & Associés; (2) les nouveaux dossiers du Groupe G. Tremblay; (3) les dossiers de Québec sous la licence personnelle de M. Tremblay; et (4) les dossiers de Montréal sous la licence personnelle de M. Tremblay.

9 En octobre 1994, la surintendante adjointe pour le district de Québec, M<sup>me</sup> Trahan, décide de procéder à la vérification des dossiers de Québec sous la licence personnelle de M. Tremblay. La tâche est confiée au vérificateur Laurent Lachance. Malgré les lacunes rapportées par le vérificateur, la surintendante adjointe et le surintendant associé décident de ne pas intervenir auprès du délégué M<sup>e</sup> Daviault avant qu'il ne rende sa décision.

10 Déjà, à la mi-mars 1995, le nouveau surintendant adjoint pour le district de Québec, M. Denis Gilbert, informe le surintendant associé du dépôt de nombreuses plaintes à l'égard du syndic corporatif Groupe G. Tremblay. Les plaintes font état non seulement des déficiences de nature administrative, tels la lenteur à émettre des certificats de libération mais aussi de manquements beaucoup plus graves.

11 Le 27 mars 1995, M<sup>e</sup> Daviault rend sa décision au terme de laquelle il entérine l'entente de septembre 1994.

12 Le 6 avril 1995, le surintendant associé convoque une réunion extraordinaire. Lors de cette réunion, s'autorisant de l'alinéa 5(3)e) de la LFI, le surintendant associé annonce la formation d'un comité d'enquête, lequel aura pour mandat d'enquêter relativement à l'administration d'actifs de M. Tremblay. Le comité reçoit également le mandat plus général d'enquêter quant à l'administration et aux activités du Groupe G. Tremblay. C'est dans ce contexte que le bureau du surintendant communique pour la première fois avec François A. Gouin, syndic. Puis, en mai 1995, à l'occasion d'une conférence de l'Association canadienne de l'insolvabilité, le surintendant

associé approche personnellement M. Gouin pour discuter de ce même mandat.

- 13 As well, in the weeks following the decision of the delegate, Mr. Daviault, the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) began a number of investigations into the administration and activities of Mr. Drolet, Mr. Tremblay and Groupe G. Tremblay. Some of those investigations were initiated after the issuance of investigation mandates by the Office of the Superintendent.<sup>2</sup> The rest were begun at the initiative of the RCMP itself, which was acting in response to complaints it had received from debtors and creditors involved in the records managed by the applicants.
- 14 Throughout August 1995, the auditor, Mr. Lachance, audited Groupe G. Tremblay's records. The investigation corroborated the information that had already been gathered, which showed that serious offences had been committed.
- 15 On August 28, 1995, the auditor submitted his report on Groupe G. Tremblay's administration to his superiors. The report recounted all the disturbing facts that he had noted in the audit, namely: misappropriation of funds, estates that had not been realized or had been realized at a very low price, misrepresentations to the courts and the Official Receiver and the preparation of false statutory documents.
- 16 On August 31, 1995, RCMP officers submitted a number of informations to Judge Choquette of the Court of Quebec, Penal Division, in order to obtain search warrants. Judge Choquette issued the warrants the same day. He authorized the officers to seize eighteen (18) of Groupe G. Tremblay's records.<sup>3</sup> The search took place the next morning.
- 17 The same day, the applicants received a letter prepared by the Deputy Superintendent informing them of the decision he had made, based on a progress report (by the auditor, Mr. Lachance), to issue a direction to protect all the estates administered by
- De même, dans les semaines qui suivent la décision du délégué, M<sup>e</sup> Daviault, la Gendarmerie royale du Canada (ci-après la GRC) débute plusieurs enquêtes sur l'administration et les activités de MM. Drolet et Tremblay et du Groupe G. Tremblay. Certaines de ces enquêtes sont amorcées suite à l'émission de mandats d'enquête par le bureau du surintendant<sup>2</sup>. Les autres le sont de l'initiative même de la GRC qui donne alors suite aux plaintes qu'elle a reçues de débiteurs et de créanciers impliqués dans les dossiers gérés par les requérants.
- Tout au long du mois d'août 1995, le vérificateur, M. Lachance, procède à la vérification des dossiers du Groupe G. Tremblay. L'enquête corrobore l'information déjà recueillie à l'effet que des infractions graves ont été commises.
- Le 28 août 1995, le vérificateur remet à ses supérieurs son rapport sur l'administration du Groupe G. Tremblay. Ce rapport relate la totalité des éléments inquiétants qu'il a constatés dans le cadre de sa vérification soit: des appropriations de fonds, des actifs non réalisés ou réalisés à vil prix, des fausses représentations aux tribunaux ainsi qu'au séquestre officiel et la préparation de faux documents statutaires.
- Le 31 août 1995, des agents de la GRC soumettent différentes dénonciations au juge Choquette de la Cour du Québec, chambre pénale. Ceux-ci cherchent alors à obtenir l'émission de mandats de perquisition. Le juge Choquette délivre ces mandats le même jour. Il les autorise à saisir dix-huit (18) des dossiers du Groupe G. Tremblay<sup>3</sup>. La perquisition eut lieu en matinée le lendemain.
- Les requérants reçoivent le même jour une lettre préparée par le surintendant associé les informant de la décision qu'il a prise, sur la foi d'un rapport intérimaire (celui du vérificateur, M. Lachance), d'émettre des instructions visant à protéger tous les

Groupe G. Tremblay until the completion of the investigation under way. Notices that conservatory measures had been directed were sent the same day to, *inter alia*, trustees in bankruptcy in the Québec region, financial institutions with which Groupe G. Tremblay did business, Bell Canada and Canada Post. The recipients of the notices were told that the estate records formerly administered by Groupe G. Tremblay would now be administered by François A. Gouin, trustee.

actifs administrés par le Groupe G. Tremblay et ce, jusqu'à ce que se termine l'enquête en cours. Des avis d'instructions de mesures conservatoires sont envoyés la même journée, notamment aux syndic de faillite de la région de Québec, aux institutions financières avec lesquelles le Groupe G. Tremblay faisait affaires, à Bell Canada ainsi qu'à la Société canadienne des postes. Les destinataires de ces envois sont informés du fait que les dossiers d'actifs auparavant administrés par le Groupe G. Tremblay le seront dorénavant par François A. Gouin, syndic.

18 The direction for conservatory measures was issued by Deputy Superintendent Mayrand under paragraphs 14.03(1)(b) and 14.03(2)(b) of the BIA, which provide that where an investigation is being made pursuant to paragraph 5(3)(e) of the BIA, the Superintendent may direct any person to take the necessary steps to preserve the records of estates.

18 Les instructions de mesures conservatoires furent émises par le surintendant associé, M<sup>e</sup> Mayrand en vertu des alinéas 14.03(1)b) et 14.03(2)b) de la LFI, lesquels disposent que, dans le cadre d'une enquête tenue en vertu de l'alinéa 5(3)e) de la LFI, le surintendant peut donner instruction à quiconque de prendre les mesures nécessaires à la sauvegarde des dossiers d'actifs.

19 The Deputy Superintendent has admitted that he thought the BIA did not require him to obtain judicial authorization before taking possession of the records. Given the seriousness of the alleged misconduct and the search conducted that morning by the RCMP officers, he considered it reasonable to take possession of all of Groupe G. Tremblay's records.

19 Le surintendant associé admet avoir jugé que la LFI ne l'obligeait aucunement à obtenir une autorisation judiciaire avant de procéder à la prise de possession. Compte tenu de la gravité des manquements reprochés ainsi que de la perquisition menée en matinée par les agents de la GRC, la prise de possession de l'ensemble des dossiers du Groupe G. Tremblay lui paraissait raisonnable.

#### RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

#### LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

20 The relevant statutory provisions for the purposes of the case at bar are all found in the BIA. They are as follows:

20 Les dispositions législatives pertinentes aux fins des présentes figurent toutes à la LFI. Elles sont les suivantes:

5. . . .

5. . . .

(3) The Superintendent shall, without limiting the authority conferred by subsection (2),

(3) Le surintendant, sans que soit limitée l'autorité que lui confère le paragraphe (2):

(a) receive applications for licences to act as trustees under this Act and issue licences to persons whose applications have been approved;

a) reçoit les demandes de licences autorisant l'exercice des fonctions de syndic dans le cadre de la présente loi et délivre les licences aux personnes dont les demandes ont été approuvées;

. . .

. . .

(c) where not otherwise provided for, require the deposit of one or more continuing guaranty bonds as

c) lorsqu'il n'y est pas autrement pourvu, exige le dépôt d'un ou de plusieurs cautionnements continus pour

security for the due accounting of all property received by trustees and for the due and faithful performance by them of their duties in the administration of estates to which they are appointed, in such amount as the Superintendent may determine, which amount may be increased or decreased as he may deem expedient, and the security shall be in a form satisfactory to the Superintendent and may be enforced by the Superintendent for the benefit of the creditors;

...

(e) from time to time make or cause to be made such inspection or investigation of estates as he may deem expedient and for the purpose of the inspection or investigation the Superintendent or any person appointed by him for the purpose shall have access to and the right to examine all books, records, documents and papers pertaining or relating to any estate;

(f) receive and keep a record of all complaints from any creditor or other person interested in any estate and make such specific investigations with regard to such complaints as the Superintendent may determine; and

(g) examine trustees' accounts of receipts and disbursements and final statements.

...

**14.01** (1) The Superintendent, after making or causing to be made an investigation into the conduct of a trustee, may, where it is in the public interest to do so,

(a) cancel the licence of a trustee;

(b) suspend the licence of a trustee; or

(c) place such conditions or limitations on the licence of a trustee as the Superintendent considers appropriate.

(2) The Superintendent may delegate by written instrument, on such terms and conditions as are therein specified, any or all of the Superintendent's powers, duties and functions under paragraphs (1)(a) to (c) or section 14.02 or 14.03.

(3) Where the Superintendent delegates in accordance with subsection (2), the Superintendent or the delegate shall

(a) where there is a delegation in relation to trustees generally, give written notice of the delegation to all trustees; and

(b) whether or not paragraph (a) applies, give written notice of the delegation of a power to any trustee who may be affected by the exercise of that power, either

garantir qu'il sera dûment rendu compte de tous les biens reçus par les syndics et assurer l'exécution régulière et fidèle de leurs fonctions dans l'administration des actifs auxquels ils sont commis, au montant qu'il peut fixer et qui est susceptible de l'augmentation ou de la diminution qu'il peut juger opportune; le cautionnement doit être en une forme satisfaisante au surintendant qui peut l'exécuter au profit des créanciers;

...

e) effectuée ou fait effectuer les investigations ou les enquêtes, au sujet des actifs, qu'il peut juger opportunes et, aux fins de celles-ci, le surintendant, ou toute personne qu'il nomme à cet effet, a accès à tous livres, registres, documents et papiers se rattachant ou se rapportant à un actif, et a droit de les examiner;

f) reçoit et note toutes les plaintes émanant d'un créancier ou d'une autre personne intéressée dans un actif, et effectuée, au sujet de ces plaintes, les investigations précises qu'il peut déterminer;

g) examine les comptes de recettes et de débours et les états définitifs des syndics.

...

**14.01** (1) Après avoir tenu ou fait tenir une enquête sur la conduite du syndic, le surintendant peut, lorsqu'il est dans l'intérêt public de le faire, prendre telle des mesures suivantes: suspendre ou annuler la licence d'un syndic ou encore la soumettre aux conditions ou restrictions qu'il juge nécessaires.

(2) Le surintendant peut, par écrit et aux conditions qu'il précise dans cet écrit, déléguer l'une ou l'autre ou l'ensemble des mesures et des attributions que lui confèrent respectivement le paragraphe (1) et les articles 14.02 et 14.03.

(3) En cas de délégation aux termes du paragraphe (2), le surintendant ou le délégué doit:

a) dans la mesure où la délégation vise les syndics en général, en aviser tous les syndics par écrit;

b) en tout état de cause, aviser par écrit, avant l'exercice du pouvoir qui fait l'objet de la délégation ou lors de

before the power is exercised or at the time the power is exercised.

**14.02** (1) Where the Superintendent intends to exercise any of the powers set out in paragraphs 14.01(1)(a) to (c), the Superintendent shall send the trustee written notice of the powers that the Superintendent intends to exercise and the reasons therefor and afford the trustee a reasonable opportunity for a hearing.

(2) At a hearing referred to in subsection (1), the Superintendent

(a) has the power to administer oaths;

(b) is not bound by any legal or technical rules of evidence in conducting the hearing;

(c) shall deal with the matters set out in the notice of the hearing as informally and expeditiously as the circumstances and a consideration of fairness permit; and

(d) shall cause a summary of any oral evidence to be made in writing.

(3) The notice referred to in subsection (1) and, where applicable, the summary of oral evidence referred to in paragraph (2)(d), together with such documentary evidence as the Superintendent receives in evidence, form the record of the hearing.

(4) The decision of the Superintendent after a hearing referred to in subsection (1), together with the reasons therefor, shall be given in writing to the trustee not later than ninety days after the conclusion of the hearing and may, where the Superintendent considers it in the public interest to do so, be made public after the decision has been given to the trustee.

(5) A decision of the Superintendent given pursuant to subsection (4) is deemed to be a decision of a federal board, commission or other tribunal that may be reviewed and set aside pursuant to the *Federal Court Act*.

**14.03** (1) The Superintendent may, for the protection of an estate in the circumstances referred to in subsection (2),

(a) direct any person to deal with the property of the estate described in the direction in accordance with the terms of the direction;

(b) direct any person to take such steps as the Superintendent may deem necessary to preserve the records of the estate; and

(c) direct a bank or other depository not to pay out funds on deposit to the credit of the estate except in accordance with the direction.

son exercice, tout syndic qui pourrait être touché par l'exercice de ce pouvoir.

**14.02** (1) Lorsqu'il se propose de prendre l'une des mesures visées au paragraphe 14.01(1), le surintendant envoie au syndic un avis écrit et motivé de la mesure qu'il entend prendre et lui donne la possibilité de se faire entendre.

(2) Lors de l'audition, le surintendant:

a) peut faire prêter serment;

b) n'est lié par aucune règle juridique ou procédurale en matière de preuve;

c) règle les questions exposées dans l'avis d'audition avec célérité et sans formalisme, eu égard aux circonstances et à l'équité;

d) fait établir un résumé écrit de toute preuve orale.

(3) Le dossier de l'audition comprend l'avis visé au paragraphe (1), le résumé de la preuve orale visé à l'alinéa (2)d) et la preuve documentaire reçue par le surintendant.

(4) La décision du surintendant faisant suite à l'audition, assortie de ses motifs, est rendue par écrit et remise au syndic au plus tard quatre-vingt-dix jours après la clôture de l'audition. Le surintendant, s'il l'estime dans l'intérêt public, peut rendre publique la décision après sa remise au syndic.

(5) La décision du surintendant, rendue et remise conformément au paragraphe (4), est assimilée à celle d'un office fédéral et comme telle est soumise au pouvoir d'examen et d'annulation prévu à la *Loi sur la Cour fédérale*.

**14.03** (1) Le surintendant peut, pour assurer la sauvegarde d'un actif dans les circonstances visées au paragraphe (2), donner instruction:

a) à quiconque de s'occuper des biens de cet actif, visés dans les instructions, conformément aux modalités qui y sont indiquées;

b) à quiconque de prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la sauvegarde des dossiers de l'actif;

c) à une banque ou autre dépositaire de ne faire aucun paiement sur les fonds déposés au crédit de cet actif, si ce n'est conformément à ces instructions.

(2) The circumstances in which the Superintendent is authorized to exercise the powers set out in subsection (1) are where

- (a) an estate is left without a trustee by the death, removal or incapacity of the trustee;
- (b) the Superintendent makes or causes to be made any investigation pursuant to paragraph 5(3)(e);
- (c) the Superintendent exercises any of the powers set out in section 14.01; or
- (d) the fees referred to in subsection 13.2(2) have not been paid in respect of the trustee's licence.

(3) A direction given pursuant to subsection (1)

- (a) shall state the statutory authority pursuant to which the direction is given;
- (b) is binding on the person to whom it is given; and
- (c) is, in favour of the person to whom it is given, conclusive proof of the facts set out therein.

(4) A person who complies with a direction given pursuant to subsection (1) is not liable for any act done by the person only to comply with the direction.

## ISSUES

Administrative law issues:

1. Did the Deputy Superintendent exceed his jurisdiction by going beyond the inherent limitations of the discretion conferred on him by section 14.03 of the BIA?
2. Did he exercise that discretion for improper purposes, in bad faith or in an arbitrary, unfair or unreasonable manner?
3. Was he required to comply with the rules of natural justice?

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

(2) Le surintendant peut exercer les pouvoirs visés au paragraphe (1) dans les circonstances suivantes:

- a) le décès, la destitution ou l'incapacité du syndic responsable de l'actif;
- b) la tenue par lui de l'enquête prévue à l'alinéa 5(3)e);
- c) l'exercice par lui des pouvoirs visés à l'article 14.01;
- d) le défaut de paiement de droits prévus au paragraphe 13.2(2) à l'égard de la licence du syndic.

(3) Les instructions énoncent la disposition législative conformément à laquelle elles sont données, lient leur destinataire et font pleinement foi de leur contenu en faveur de leur destinataire.

(4) Quiconque obtempère aux instructions données en application du paragraphe (1) échappe à toute responsabilité pour les actes posés dans le seul but de s'y conformer.

## LES QUESTIONS EN LITIGE

Les questions de droit administratif:

1. Le surintendant associé a-t-il excédé sa juridiction en outrepassant les limites intrinsèques du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 14.03 de la LFI?
2. A-t-il utilisé ce pouvoir discrétionnaire à des fins impropres, de mauvaise foi ou de façon arbitraire, injuste ou déraisonnable?
3. Était-il tenu de respecter les règles de justice naturelle?

Les questions de 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]]:



1. Did the taking of possession on September 1, 1995 infringe section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by depriving the applicants Drolet and Tremblay of their liberty in a manner not in accordance with the principles of fundamental justice?

2. Is section 14.03 of the BIA contrary to section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because it is too vague?

3. Was the taking of possession on September 1, 1995 a search or seizure within the meaning of section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. Was the taking of possession on September 1, 1995 an unreasonable seizure and hence constitutionally prohibited by section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

5. Is section 14.03 of the BIA contrary to the guarantee set out in section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? If so, is this infringement saved by section 1?

## ANALYSIS

### A. PRELIMINARY ISSUE

21 The respondents began by arguing that the “direction for conservatory measures” issued by the Deputy Superintendent on September 1, 1995 was not a decision within the meaning given to that term in section 18 of the *Federal Court Act*.<sup>4</sup> In the respondents’ submission, it was not a measure that had a final effect on the applicants’ rights and was binding on the parties.

22 The rule being relied on in this regard was formulated by the Federal Court of Appeal in *Szcecka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*.<sup>5</sup> In that case, the Court, *per* Létourneau J.A., held that unless there are special circumstances, there should not be any immediate judicial review of an interlocutory decision. The decisions in respect of

1. La prise de possession du 1<sup>er</sup> septembre 1995 contrevient-elle à l’article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce qu’elle porte atteinte à la liberté des requérants Drolet et Tremblay sans que ne soient respectés les principes de justice fondamentale?

2. L’article 14.03 de la LFI est-il contraire à l’article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce que trop vague et imprécis?

3. La prise de possession du 1<sup>er</sup> septembre 1995 constitue-t-elle une saisie ou une perquisition au sens de l’article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. La prise de possession du 1<sup>er</sup> septembre 1995 constitue-t-elle une saisie abusive constitutionnellement interdite par l’article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

5. L’article 14.03 de la LFI est-il contraire à la garantie énoncée à l’article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Dans l’affirmative, cette violation est-elle rachetée par le jeu de l’article premier?

## ANALYSE

### A. QUESTION PRÉLIMINAIRE

21 Les intimés soumettent tout d’abord que les «instructions de mesures conservatoires» émises le 1<sup>er</sup> septembre 1995 par le surintendant associé ne constituent pas une décision selon le sens donné à cette expression à l’article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.<sup>4</sup> Il ne s’agit pas, de l’avis des intimés, d’une mesure qui affecte les droits des requérants de façon définitive et qui lie les parties.

22 À cet égard, la règle invoquée est celle qui fut formulée par la Cour d’appel fédérale à l’occasion de l’arrêt *Szcecka c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*.<sup>5</sup> Dans ce dernier arrêt, la Cour, sous la plume du juge Létourneau, décida que, sauf circonstances spéciales, il ne doit pas y avoir de révision judiciaire immédiate d’un jugement interlocutoire.

which judicial review is available are those that make a final ruling on the merits of a case.

- 23 In my view, the Deputy Superintendent's decision was not an interlocutory decision within the meaning that the courts have given that term. It was not a decision made in the course of an action by an administrative tribunal. It was a decision that had a final effect on the applicants' rights, because the seized records were administered by a representative of the Superintendent and could not, in all likelihood, be returned to them until the end of the disciplinary process. Moreover, in most instances, the administration of the seized records will probably be complete by the time the disciplinary process ends. For these reasons, it seems to me that the *Szczeka*<sup>6</sup> rule is not applicable to this case.

## B. ADMINISTRATIVE LAW ISSUES

### 1. Excess of jurisdiction

- 24 The applicants submitted that the decision to initiate an investigation into a trustee's administration (paragraph 5(3)(e) BIA) and the decision to issue a direction for conservatory measures (paragraphs 14.03(1)(b) and 14.03(2)(b) BIA) are decisions that fall within the Superintendent's discretion. The courts have consistently held that a discretion is never absolute. In the case at bar, the Deputy Superintendent's decision to issue a direction for conservatory measures was contrary to the three legal limitations on any discretion.

- 25 According to the applicants, the Deputy Superintendent exercised his discretion for improper purposes, because his decision was intended not to preserve estate records but rather to permanently and irrevocably prevent the applicant Mr. Drolet from working as a trustee. If the Superintendent's objective was really to preserve estate records, why did he take possession of all the records administered by Groupe G. Tremblay, without exception?

cutoire. Les décisions à l'égard desquelles il y a ouverture à contrôle judiciaire sont celles qui adju- gent sur le mérite d'une cause de façon définitive.

- 23 La décision du surintendant associé n'est pas, à mon avis, une décision interlocutoire selon le sens donné à cette expression par la jurisprudence. Il ne s'agit pas d'une décision rendue en cours d'instance par un tribunal administratif. Il s'agit d'une décision qui affecte les droits des requérants de façon définitive en ce que les dossiers saisis furent administrés par un représentant du surintendant et ne pouvaient vraisemblablement leur être remis qu'à la fin du processus disciplinaire. D'ailleurs, dans la plupart des cas, probablement, l'administration des dossiers saisis sera complétée au moment où se terminera le processus disciplinaire. Pour ces motifs, il m'apparaît que la règle de l'arrêt *Szczeka*<sup>6</sup> ne peut trouver application dans la présente affaire.

## B. LES QUESTIONS DE DROIT ADMINISTRATIF

### 1. Excès de compétence

- 24 Les requérants soumettent que la décision de commencer une enquête sur l'administration d'un syndic (alinéa 5(3)e) de la LFI) et celle d'émettre des instructions de mesures conservatoires (alinéas 14.03(1)b) et 14.03(2)b) de la LFI) sont des décisions qui relèvent du pouvoir discrétionnaire du surintendant. Or, il est de jurisprudence constante qu'un pouvoir de nature discrétionnaire n'est jamais absolu. En l'espèce, la décision du surintendant associé d'émettre des instructions de mesures conservatoires était contraire aux trois limites légales que connaît tout pouvoir de nature discrétionnaire.

- 25 Le surintendant associé aurait usé de sa discrétion à des fins impropres en ce que sa décision visait non pas la sauvegarde de dossiers d'actifs mais plutôt à retirer de façon définitive et irrémédiable au requérant, M. Drolet, toute possibilité d'œuvrer comme syndic. Si l'objectif du surintendant était réellement la sauvegarde de dossiers d'actifs, alors pourquoi a-t-il pris possession de tous les dossiers administrés par le Groupe G. Tremblay sans distinction?

- 26 The applicants further submitted that a direction for conservatory measures can be issued only to preserve future estate records. The “preservation power” set out in section 14.03 of the BIA can, by definition, be exercised only to prevent an imminent, future threat to an estate. In so far as an act has already been done, it is no longer a question of “preserving” estate records, but rather of “recovering” estates because of past actions or misconduct.
- 26 De plus, toujours selon les requérants, des instructions de mesures conservatoires ne peuvent être émises que pour la sauvegarde de dossiers d’actifs futurs. Le «pouvoir de sauvegarde» énoncé à l’article 14.03 de la LFI ne peut, par définition, s’exercer que pour prévenir une menace imminente et future à un actif. Dans la mesure où un acte a déjà été posé, il n’est plus question de «sauvegarde» des dossiers d’actifs, mais plutôt de «récupération» d’actifs en raison de gestes ou de manquements passés.
- 27 Moreover, the applicants argued that his decision was made in bad faith. Not only did the Deputy Superintendent, without reason, deem it appropriate to take greater exceptional measures than had even been taken before, but he applied those measures in an excessive manner.
- 27 En outre, sa décision aurait été prise de mauvaise foi. Non seulement le surintendant associé a-t-il, sans raison, jugé opportun de prendre avantage des mesures exceptionnelles jusque-là jamais appliquées, mais il les a utilisées de façon démesurée.
- 28 Finally, the applicants submitted that the Superintendent’s decision was unfair, arbitrary and discriminatory. While he claimed to have made it on the basis of the “progress” report prepared by the auditor, Mr. Lachance, the evidence showed that his actions had in fact been planned for a long time.
- 28 Enfin, la décision du surintendant serait injuste, arbitraire et discriminatoire. Alors qu’il prétend avoir pris sa décision sur la base du rapport «intérimaire» préparé par le vérificateur Lachance, la preuve démontre qu’il s’agissait en fait d’un geste planifié longtemps.
- 29 As for the respondents, they argued that since the Deputy Superintendent simply applied the principles found in paragraph 5(3)(e) and section 14.03 of the BIA, he in no way exceeded his jurisdiction. The Deputy Superintendent exercised his discretion in an appropriate manner, that is, within the limits set out in the BIA.
- 29 Quant aux intimés, ils soumettent que le surintendant associé, puisqu’il n’a fait qu’appliquer les principes qui ressortent de l’alinéa 5(3)e) et de l’article 14.03 de la LFI, n’a aucunement excédé sa compétence. Le surintendant associé a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon appropriée, c’est-à-dire à l’intérieur des limites prévues par la LFI.
- 30 I agree with the applicants that the statutory discretion exercised by the Superintendent is not absolute. The courts have held on numerous occasions that every discretion is subject to certain general legal limitations.<sup>7</sup> For example, it is established that a discretion cannot be used for improper purposes that are contrary to the applicable legislation. Furthermore, a discretion cannot be exercised in bad faith or in an arbitrary, unfair or unreasonable manner.
- 30 Je suis d’accord avec les requérants que l’exercice par le surintendant du pouvoir discrétionnaire prévu par la loi n’est pas absolu. La jurisprudence a, en de maintes occasions, reconnu que tout pouvoir discrétionnaire est assujéti à certaines limites légales générales<sup>7</sup>. Ainsi, il est établi qu’un tel pouvoir ne peut être utilisé à des fins impropres non conformes à la loi. De même, ce pouvoir ne peut être exercé de mauvaise foi ou de façon arbitraire, injuste ou déraisonnable.
- 31 As noted by Lamer J. (as he then was) in *Slaight Communications*:<sup>8</sup>
- 31 Comme l’affirme le juge Lamer (il était alors juge puiné) dans l’arrêt *Slaight Communications*<sup>8</sup>:

Parliament cannot have intended to authorize such an unreasonable use of the discretion conferred by it. A discretion is never absolute, regardless of the terms in which it is conferred. This is a long-established principle. H. W. R. Wade, in his text titled *Administrative Law* (4th ed. 1977), says the following at pp. 336-37:

For more than three centuries it has been accepted that discretionary power conferred upon public authorities is not absolute, even within its apparent boundaries, but is subject to general legal limitations. These limitations are expressed in a variety of different ways, as by saying that discretion must be exercised reasonably and in good faith, that relevant considerations only must be taken into account, that there must be no malversation of any kind, or that the decision must not be arbitrary or capricious. (Emphasis added.)

32 What is the situation in the case at bar? Did the Deputy Superintendent disregard the general legal limitations to which he was subject in exercising his discretion? I do not think so.

33 Section 14.03 authorizes the Superintendent to take conservatory measures for the protection of bankruptcy estates. Given the seriousness of the irregularities alleged against the applicants, the taking of possession was intended to ensure that debtors and creditors did not suffer any harm pending the completion of the investigation under way.

34 In these circumstances, I cannot conclude that the conservatory measures ordered by the Deputy Superintendent had any purpose other than preserving estate records.

35 As for the argument that he should not have taken possession of all the records, when the situation had become urgent, I have difficulty seeing how he could have sorted through them and decided which records he could have left to be administered by the applicants. It must be recalled that what was at issue was their ability to fulfil their responsibilities as trustees with integrity. Because of their fiduciary role, trustees must be as transparent as possible in administering the records entrusted to them. They manage the property of others for the benefit of all creditors, and this is true for each record of a bank-

Le Parlement ne peut pas avoir eu l'intention d'autoriser un usage si déraisonnable de la discrétion qu'il a conférée. Une discrétion, indépendamment des termes par lesquels elle est conférée, n'est jamais absolue. Il s'agit d'un principe reconnu depuis fort longtemps. H. W. R. Wade, dans son traité intitulé *Administrative Law* (4<sup>e</sup> éd. 1977), s'exprime ainsi aux pp. 336 et 337:

[TRADUCTION] Il est reconnu depuis plus de trois siècles que le pouvoir discrétionnaire conféré aux autorités publiques n'est pas absolu, même à l'intérieur de ses limites bien définies, mais qu'il est assujéti à des limites légales générales. Ces limites sont exprimées de plusieurs façons différentes: on dit par exemple que le pouvoir discrétionnaire doit être exercé de manière raisonnable et de bonne foi, qu'il ne faut tenir compte que des considérations pertinentes, qu'il ne doit y avoir absolument aucune malversation, ou que la décision ne doit pas être le fruit de l'arbitraire ou du caprice. (Je souligne.)

Qu'en est-il dans la présente affaire? Le surintendant associé a-t-il passé outre aux limites légales générales auxquelles il était assujéti dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire? Je ne le crois pas. 32

L'article 14.03 permet au surintendant de prendre des mesures conservatoires afin d'assurer la protection des actifs de faillite. Compte tenu de la gravité des irrégularités reprochées aux requérants, la prise de possession visait à assurer que les débiteurs et créanciers ne subissent aucun préjudice en attendant que l'enquête en cours soit complétée. 33

Dans ces circonstances, il m'est impossible de conclure que les mesures conservatoires décrétées par le surintendant associé avaient une fin autre que la sauvegarde des dossiers d'actifs. 34

Quant à l'argument qu'il n'aurait pas dû prendre possession de la totalité des dossiers, au moment où la situation est devenue impérieuse, il m'est difficile de voir comment celui-ci aurait pu faire un tri et décider quels dossiers il aurait pu laisser sous l'administration des requérants. Faut-il rappeler que c'est leur capacité de s'acquitter de leur responsabilité de syndic avec intégrité qui était en jeu. Étant donné leur rôle de fiduciaire, les syndics doivent faire preuve de la plus grande transparence dans l'administration des dossiers qui leur sont confiés. Ils gèrent le bien d'autrui pour le bénéfice de l'ensemble 35

ruptcy. Once the relationship of trust had broken down, the Deputy Superintendent had no choice but to take possession of all the records. Given the seriousness of the alleged misconduct, it seemed impossible to him to select certain records that the applicants could have continued to handle without jeopardizing the administration of property belonging to others. I cannot conclude that such a decision was unreasonable.

36 As for the conservatory measures involving Bell Canada and Canada Post, since they were cancelled a few days after they were taken, this Court no longer has to consider their validity and thus determine whether taking them was consistent with the power conferred by the BIA.

37 Moreover, I do not accept the argument that the power "to preserve" estates set out in section 14.03 was used in this case to "recover" estate records. The alleged actions endangered estates under the administration and control of the trustees, and it was precisely to prevent the occurrence of further misconduct that the conservatory measures were taken.

38 The applicants also submitted that, for all practical purposes, the direction for conservatory measures of September 1, 1995 rescinded the decision of the delegate, Mr. Daviault. According to the applicants, by ordering that possession be taken of all of Groupe G. Tremblay's records, the Deputy Superintendent made it impossible to implement Mr. Daviault's decision. By taking possession of the records, the Deputy Superintendent prevented the applicant Mr. Drolet from resuming his activities as a trustee in bankruptcy as planned. It should be recalled that the suspension of Mr. Drolet's licence was to end on September 1, 1995. The decision of the delegate, Mr. Daviault, was binding on Deputy Superintendent Mayrand. The applicants argued that because the Deputy Superintendent disregarded that decision, his exercise of the power to issue a direction for conservatory measures was unlawful.

39 In my view, this argument carries no weight. The decision of the delegate, Mr. Daviault, and that

des créanciers et ce, dans chaque dossier de faillite. Une fois le lien de confiance brisé, le surintendant associé n'avait d'autre choix que de prendre possession de l'ensemble des dossiers. Étant donné la gravité des manquements reprochés, il lui est apparu impossible de choisir certains dossiers dans lesquels les requérants auraient pu continuer à occuper sans pour autant mettre en péril l'administration des biens d'autrui. Je ne peux conclure qu'une telle décision est déraisonnable.

Quant aux mesures conservatoires concernant Bell Canada et la Société des postes, celles-ci ayant été révoquées quelques jours après qu'elles aient été émises, il n'appartient plus à cette Cour d'en étudier la validité et donc de déterminer si leur émission était conforme au pouvoir conféré par la LFI.

De même, je n'accepte pas l'argument à l'effet que le pouvoir «de sauvegarde» des actifs prévu à l'article 14.03 a ici été utilisé comme «récupération» de dossiers d'actifs. Les gestes reprochés mettaient en péril les actifs sous l'administration et le contrôle des syndics et c'est précisément pour prévenir la survenance de nouveaux manquements que les mesures conservatoires ont été prises.

Les requérants soumettent également que les instructions pour mesures conservatoires du 1<sup>er</sup> septembre 1995 ont, à toutes fins utiles, révoqué la décision du délégué Daviault. En effet, en ordonnant la prise de possession de tous les dossiers du Groupe G. Tremblay, le surintendant associé aurait rendu impossible la mise en œuvre de la décision du délégué Daviault. En procédant à une telle prise de possession, le surintendant associé empêcha le requérant, M. Drolet, de reprendre, tel que prévu, ses activités de syndic de faillite. Faut-il rappeler que ce dernier devait retrouver sa licence en date du 1<sup>er</sup> septembre 1995. La décision du délégué Daviault liait le surintendant associé Mayrand. Le fait de passer outre à cette décision aurait rendu illégal l'exercice par le surintendant associé de son pouvoir d'émettre des instructions de mesures conservatoires.

Cet argument, à mon avis, n'a pas de poids. Il n'existe aucune similarité d'objet entre la décision

made by the Deputy Superintendent on September 1, 1995 related to two different matters. While Mr. Daviault's decision concerned Mr. Drolet's conduct when he worked for Gingsberg, Gingras & Associés, the taking of possession on September 1, 1995 was made necessary by the misconduct of Mr. Tremblay and the corporate trustee that he headed, namely Groupe G. Tremblay. The events on which these two decisions were based occurred at two different times.

## 2. The principles of natural justice

40 The applicants criticized the Deputy Superintendent for not giving them any notice before ordering the conservatory measures. They were never able to learn what misconduct the auditor was alleging they had committed, nor were they aware of the possible consequences thereof. They had no meaningful opportunity to respond to the auditor's allegations.

41 The respondents argued that the principles of natural justice are flexible and that, in the case at bar, those principles did not require that the applicants be given advance notice of the possible consequences. The applicants will have a hearing as part of the disciplinary proceedings and can raise their defences at that time.

42 I want to begin by noting that the Office of the Superintendent gave these trustees a number of opportunities to explain the shortcomings in their administration.<sup>9</sup> They neglected to respond, and they have only themselves to blame if they feel that they were not heard.

43 The courts have long recognized that the rules of natural justice and the duty of fairness are variable standards. As Sopinka J. has said, their content will depend on the circumstances of the case, the statutory provisions and the nature of the matter to be decided.<sup>10</sup>

du délégué Daviault et celle qui fut prise par le surintendant associé en date du 1<sup>er</sup> septembre 1995. En effet, alors que la décision du délégué Daviault avait pour objet la conduite du syndic Drolet alors qu'il œuvrait pour le compte de la firme Gingsberg, Gingras & Associés, la prise de possession du 1<sup>er</sup> septembre 1995 fut, quant à elle, rendue nécessaire en raison des manquements du syndic Tremblay et du syndic corporatif à la tête duquel il était, en l'occurrence le Groupe G. Tremblay. Les faits qui sont à la base de ces deux décisions sont survenus à deux époques différentes.

## 2. Les principes de justice naturelle

Les requérants reprochent au surintendant associé 40 de ne leur avoir fait parvenir aucun avis avant que ne soient décrétées les mesures conservatoires. Ceux-ci n'ont jamais pu prendre connaissance des manquements qui leur étaient reprochés par le vérificateur et, qui plus est, ils en ignoraient les conséquences possibles. Ils n'ont obtenu aucune occasion significative de répondre aux allégations du vérificateur.

Les intimés, pour leur part, soumettent que les 41 principes de justice naturelle sont flexibles et qu'en l'espèce ils n'exigeaient pas que ceux-ci reçoivent un préavis les prévenant des conséquences possibles. Les requérants bénéficieront d'une audition lors de la procédure disciplinaire. Ils pourront alors faire valoir leurs moyens de défense.

Je tiens d'abord à souligner que le bureau du 42 surintendant a offert à ces syndics plusieurs occasions où ils auraient pu expliquer les carences dans leur administration<sup>9</sup>. Ceux-ci ont négligé de répondre et ils ne doivent que s'en prendre à eux-mêmes s'ils estiment ne pas avoir été entendus.

La jurisprudence reconnaît depuis longtemps que 43 le contenu des règles de justice naturelle et l'obligation d'agir équitablement sont des normes variables. Leur contenu, affirme le juge Sopinka, dépend des circonstances de l'affaire, des dispositions législatives en cause et de la nature de la question à trancher<sup>10</sup>.

44 In the case at bar, the applicable statutory provisions authorize the taking of conservatory measures to protect the public interest involved. It was imperative in such circumstances for the Superintendent to act quickly.

45 In this regard, I consider it appropriate to refer to the following passage from the Supreme Court of Canada's decision in *Homex Realty and Development Co. Ltd. v. Corporation of the Village of Wyoming*:<sup>11</sup>

There are instances where the omission of the prerequisite notice is not supplied by the courts, as, for example, where the statute in question, by its very nature and by the legislative framework there adopted by the Legislature, must be read as precluding the requirement of prior notice. The Ontario Court of Appeal, for example, in *Bishop v. Ontario Securities Commission* ([1964] 1 O.R. 17), so construed s. 19 of *The Securities Act*, R.S.O. 1960, c. 363. Roach J.A., in speaking for the Court, stated:

The whole purpose of the Act might be defeated if the chairman could make an order or ruling under that section only on notice to the person or company affected and after a hearing. Many days might elapse between the giving of the notice to the persons or company sought to be affected and the conclusion of the hearing during which time those persons or that company if dishonest and disreputable could continue to prey upon the public and plunder and fleece many people. For that reason it was essential to the purpose of the Act that the chairman should be empowered to act promptly and without notice to the person or company sought to be affected. The chairman's first duty is to the public and in empowering him to discharge that duty the Legislature has by appropriate legislation at the same time protected the person or company affected by the order by giving to him on [sic] it at their election the right to have the order reviewed by the Commission. (at p. 23) [Emphasis added.]

46 Similarly, in *Bunn*,<sup>12</sup> the Court held that the public interest involved was pressing and required that the Law Society act promptly. The Court ruled that the object of the provisions in issue would be frustrated if it were impossible to take action until after notice had been given and a full hearing held. Hanssen J. stated the following:<sup>13</sup>

The legislation seeks to strike a balance between the rights of an individual member and the public interest. However, it recognizes, on the question of whether to

En l'espèce, les dispositions législatives en jeu permettent de prendre des mesures provisoires dans le but de protéger l'intérêt public en cause. Il était impératif dans un tel cas pour le surintendant d'agir rapidement. 44

À cet égard, il m'apparaît opportun de référer au passage suivant de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Homex Realty and Development Co. Ltd. c. Corporation of the Village of Wyoming*<sup>11</sup>: 45

Dans certains cas, les tribunaux ne remédieront pas à l'absence de préavis, par exemple lorsqu'on doit interpréter la loi en question, par sa nature même et dans le cadre législatif adopté par le législateur, de façon à écarter l'exigence d'un préavis. C'est ainsi par exemple que la Cour d'appel de l'Ontario a interprété l'art. 19 de *The Securities Act*, R.S.O. 1960, chap. 363, dans l'arrêt *Bishop v. Ontario Securities Commission* ([1964] 1 O.R. 17). Le juge Roach qui exprimait l'opinion de la Cour, a dit:

[TRADUCTION] On pourrait mettre en échec l'économie générale de la Loi si le président pouvait rendre une ordonnance ou une décision en vertu de cet article seulement après avoir donné un avis à la personne ou à la compagnie touchée et après audition. Plusieurs jours pourraient s'écouler entre la signification de l'avis aux personnes ou à la compagnie visées et la fin de l'audition et, pendant ce temps, les personnes ou la compagnie, si elles sont malhonnêtes et louches, pourraient continuer de s'attaquer au public, de voler et de dépouiller les gens. Pour cette raison, il est essentiel aux fins de la Loi que le président puisse agir promptement et sans devoir donner d'avis à la personne ou à la compagnie visée. Le président a au premier chef une obligation envers le public et, en lui permettant de s'en acquitter, le législateur a, par la même occasion au moyen d'une loi appropriée, protégé la personne ou la compagnie visée par l'ordonnance en lui permettant d'en appeler devant la Commission. (à la p. 23) [C'est moi qui souligne.]

De même, dans l'affaire *Bunn*<sup>12</sup>, la Cour jugea que l'intérêt public en jeu était impérieux et qu'il exigeait que le Law Society agisse promptement. La Cour jugea que l'objet des dispositions en jeu serait frustré si l'on ne pouvait prendre ces mesures qu'après un avis préalable et une audience complète. Le juge Hanssen s'exprime ainsi<sup>13</sup>: 46

[TRADUCTION] La loi cherche à établir un équilibre entre les droits d'un membre du barreau pris individuellement et l'intérêt public. Cependant, quant à savoir s'il faut le

suspend or not, the interest of the individual lawyer must be subordinate to the public interest. The object of s. 50(1)(a) is to protect the public interest. In many cases, that object would be frustrated if the action contemplated in that section could only take place after notice and a hearing.

suspendre ou non, elle reconnaît que l'intérêt de l'avocat pris individuellement doit être subordonné à l'intérêt public. L'alinéa 50(1)a) vise à protéger l'intérêt public. Dans bien des cas, cet objectif serait contrecarré si la mesure envisagée dans cet article ne pouvait être prise qu'après avis et audition.

47 In the instant case, the applicants will have an opportunity for a hearing as part of the disciplinary proceedings, and they can raise all their defences during that hearing. In the meantime, it was the Superintendent's duty to act quickly to protect estates.

En l'espèce, les requérants auront l'occasion 47 d'avoir une audition dans le cadre de la procédure disciplinaire, audition au cours de laquelle ils pourront faire valoir tous leurs moyens de défense. En attendant, il était du devoir du surintendant d'agir rapidement afin d'assurer la sauvegarde des actifs.

48 Finally, as noted above, the evidence shows that the applicants were given numerous opportunities to provide explanations of the misconduct alleged against them. They neglected to do so. They have nothing to complain of now but their own carelessness.

Enfin, comme nous l'avons vu précédemment, la 48 preuve démontre qu'à maintes reprises ceux-ci ont eu l'occasion de fournir des explications sur les divers manquements reprochés. Ils ont négligé d'y répondre. Ils ne peuvent aujourd'hui que se plaindre de leur propre incurie.

3. Erroneous finding of fact made in a perverse or capricious manner

3. Conclusion de faits erronée tirée de façon arbitraire ou abusive

49 Subsection 18.1(4) of the *Federal Court Act*<sup>14</sup> authorizes the Court to review findings of fact that are not supported by the evidence or that an assessment of the evidence as a whole shows to be unreasonable.

Le paragraphe 18.1(4) de la *Loi de la Cour fédérale*<sup>14</sup> permet à la Cour de réviser les conclusions de faits lorsqu'elles ne sont pas supportées par la preuve ou lorsqu'une évaluation de la preuve dans son ensemble démontre que la conclusion est déraisonnable. 49

50 The evidence shows that Mr. Mayrand had evidence of serious misconduct in their administration. That evidence was from a number of sources, and more specifically:

La preuve révèle que M. Mayrand avait la preuve 50 de manquements graves dans leur administration. Cette preuve provenait de plusieurs sources et plus spécifiquement:

[TRANSLATION] (i) the first report of the auditor, Laurent Lachance, dated May 13, 1995, concerning the records administered by the applicant Gilles M. Tremblay;

i) le 1<sup>er</sup> rapport du vérificateur Laurent Lachance daté du 13 mai 1995 quant aux dossiers administrés par le requérant Gilles M. Tremblay;

(ii) the report of the Official Receiver, Sylvie Laperrière, dated June 14, 1995;

ii) le rapport de la séquestre officielle, Sylvie Laperrière daté du 14 juin 1995;

(iii) the second report of the auditor, Laurent Lachance, dated August 28, 1995;

iii) le 2<sup>ème</sup> rapport du vérificateur Laurent Lachance daté du 28 août 1995;

(iv) the reports on the RCMP investigations;

iv) les comptes rendus des enquêtes de la GRC;

(v) the judgments of the Superior Court—Bankruptcy Division, which were sent to him by the judges and other interested persons;

v) les jugements de la Cour supérieure—division faillite qui lui furent transmis par les juges et d'autres personnes intéressées;



(vi) the informations prepared by the RCMP, which led to the issuance of search warrants on August 31, 1995;

(vii) the many complaints that were constantly being filed at the Superintendent's offices in Québec, Montréal and Ottawa;

– transcript, examination of Marc Mayrand, January 31, 1996, p. 145 *et seq.*

vi) les dénonciations préparées par la GRC et qui ont mené à l'émission de mandats de perquisition le 31 août 1995;

vii) les nombreuses plaintes qui n'ont cessé d'être déposées aux bureaux du Surintendant à Québec, Montréal et Ottawa;

– notes sténographiques, interrogatoire de Marc Mayrand, 31 janvier 1996, p. 145 et s.

51 The reports submitted were subjected to a strict internal verification process to determine their accuracy. The alleged acts raised serious doubts about the trustees' integrity. Contrary to what the applicants argued, the reports submitted were not interpreted in a discretionary or arbitrary manner.

Les rapports soumis ont fait l'objet d'un processus de vérification interne rigoureux afin d'en vérifier l'exactitude. Les faits reprochés soulevaient des doutes sérieux quant à l'intégrité des syndics. Il ne s'agissait pas, comme le prétendent les requérants, d'une interprétation discrétionnaire et arbitraire des rapports soumis. 51

52 In light of this evidence and the seriousness of the misconduct noted in the reports, Mr. Mayrand's decision to take effective conservatory measures to protect the estates administered by the applicants was reasonable.

Compte tenu de cette preuve et de la gravité des manquements soulevés dans ces rapports, la décision de M. Mayrand de prendre des mesures conservatoires efficaces pour sauvegarder les actifs sous leur administration était raisonnable. 52

53 In conclusion, I have found no reason to intervene as far as the administrative law issues are concerned. Although I imagine that the Deputy Superintendent could have taken less drastic conservatory measures, it is a clearly established rule that a superior court should not interfere with the exercise of a discretion by an administrative agency merely because the court might not have reached the same decision. This rule of curial deference has been stated many times by the Supreme Court, *inter alia* in *Maple Lodge Farms Ltd.*,<sup>15</sup> in which McIntyre J. summarized the principle as follows:

En conclusion, pour ce qui est des questions de droit administratif, je n'ai trouvé aucun motif justifiant mon intervention. Bien que je conçois que le surintendant associé aurait pu utiliser des mesures conservatoires moins drastiques, il est une règle bien établie qu'une cour supérieure ne doit pas intervenir quant à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un organisme administratif pour la seule raison qu'elle n'aurait pas pris la même décision. Cette règle de retenue judiciaire a été rappelée maintes fois par la Cour suprême, notamment dans l'affaire *Maple Lodge Farms Ltd.*<sup>15</sup>, où le juge McIntyre résume le principe comme suit: 53

Where the statutory discretion has been exercised in good faith and, where required, in accordance with the principles of natural justice, and where reliance has not been placed upon considerations irrelevant or extraneous to the statutory purpose, the courts should not interfere.

Lorsque le pouvoir discrétionnaire accordé par la loi a été exercé de bonne foi et, si nécessaire, conformément aux principes de justice naturelle, si on ne s'est pas fondé sur des considérations inappropriées ou étrangères à l'objet de la loi, les cours ne devraient pas modifier la décision.

54 That is the case here. It is therefore not appropriate to vary the Deputy Superintendent's decision.

C'est le cas en l'espèce. Il n'est donc pas approprié de modifier la décision du surintendant associé. 54

### C. CHARTER ISSUES

#### 1. Section 7 of the Charter

### C. LES QUESTIONS DE LA CHARTE

#### 1. L'article 7 de la Charte

(a) The right to liberty and the principles of fundamental justice

55 Section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* reads as follows:

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.

56 Since *Re B.C. Motor Vehicle Act*,<sup>16</sup> it has been accepted that section 7 does not guarantee the right to life, liberty and security *per se*. Section 7 guarantees that subjects of law to whom the section is applicable will not be deprived of their life, liberty or security except in accordance with the principles of fundamental justice. Thus, in determining the scope of section 7, it is necessary to define both the right to life, liberty and security and the principles of fundamental justice.

57 For the purposes of these proceedings, attention should be focused specifically on the right to liberty.

58 The applicants argued that the right to liberty includes the right to practice a profession and that the cancellation of a professional licence must be seen as infringing the right to liberty. Canadian courts seem to be divided on this subject at the present time. A number of decisions have found that the right to liberty includes the right to practice a profession.<sup>17</sup>

59 In my opinion, this issue does not arise in the case at bar, because the conservatory measures ordered by the Superintendent did not affect the existence or validity of the applicants' trustee licence. The issue can still be raised on judicial review of any disciplinary proceeding that cancels their licence without giving them an opportunity to assert their rights.

(b) The doctrine of vagueness

60 It was in *R. v. Morgentaler*<sup>18</sup> that the Supreme Court of Canada first associated the defect of vagueness with the principles of fundamental justice.<sup>19</sup> In that case, Dickson C.J. held that the impugned legis-

a) Le droit à la liberté et les principes de justice fondamentale

L'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'énonce en ces termes: 55

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.

Il est acquis, depuis le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*<sup>16</sup>, que l'article 7 ne garantit pas *per se* le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité. L'article 7 garantit aux sujets de droit qui peuvent en bénéficier qu'il ne sera porté atteinte à leur vie, à leur liberté et à leur sécurité qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Il faut donc, au moment de déterminer le domaine d'application de l'article 7, définir, d'une part, le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité et, d'autre part, les principes de justice fondamentale. 56

Aux fins des présentes procédures, il convient de s'attarder plus spécifiquement au droit à la liberté. 57

Les requérants soumettent que le droit à la liberté inclut le droit d'exercer une profession et qu'il faut considérer que la révocation d'une licence professionnelle porte atteinte au droit à la liberté. La jurisprudence canadienne semble présentement divisée sur le sujet. Plusieurs décisions ont reconnu que le droit à la liberté incluait le droit d'exercer une profession.<sup>17</sup> 58

À mon avis, cette question ne se soulève pas dans le présent dossier puisque les mesures conservatoires décrétées par le surintendant n'ont aucunement affecté l'existence et la validité de leur licence de syndic. Le débat sera toujours possible lors du contrôle judiciaire d'une procédure disciplinaire qui révoquerait leur licence sans qu'ils puissent faire valoir leurs droits. 59

b) La théorie de l'imprécision

C'est à l'occasion de l'arrêt *R. c. Morgentaler*<sup>18</sup> que la Cour suprême du Canada relie pour la première fois le vice d'imprécision aux principes de justice fondamentale.<sup>19</sup> Dans cet arrêt, le juge en 60

lative provision violated the principles of fundamental justice because of its “failure to provide an adequate standard for therapeutic abortion committees”.<sup>20</sup> Subsequently, in the *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*,<sup>21</sup> Lamer J. (as he then was), with whom a majority of judges concurred, expressed his views in terms similar to those used by Dickson C.J. in *Morgentaler*.<sup>22</sup>

chef Dickson juge que la disposition législative contestée viole les principes de justice fondamentale en ce qu'elle souffre de «l'absence de norme adéquate à laquelle les comités de l'avortement thérapeutique doivent se référer»<sup>20</sup>. Puis, dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*<sup>21</sup>, le juge Lamer (il était alors juge puîné), avec l'appui des juges majoritaires, s'exprime en des termes similaires à ceux qu'avait employés le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Morgentaler*.<sup>22</sup>

61 It is clear that the doctrine of vagueness does not require Parliament and the provincial legislatures to enact legislation that provides absolute certainty. The courts are responsible for interpreting legislation. A legislative provision establishing a sanction that may deprive a person of life, liberty or security must not be unacceptably vague. The test to be applied was established by the Supreme Court of Canada in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*.<sup>23</sup> A legislative provision becomes unacceptably vague when it “does not provide an adequate basis for legal debate”.<sup>24</sup>

Il est certain que la théorie de l'imprécision n'exige pas du Parlement et des législatures provinciales qu'ils adoptent des lois d'une certitude absolue. Il appartient en effet aux tribunaux d'interpréter les textes législatifs. Une disposition législative dont la sanction risque de porter atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité d'une personne ne doit pas être d'une imprécision inacceptable. C'est à l'occasion de l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*<sup>23</sup> que la Cour suprême du Canada établit le critère à appliquer. Une disposition législative atteint un degré d'imprécision inacceptable lorsqu'elle «ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire»<sup>24</sup>.

62 The applicants argued that paragraph 5(3)(e) and section 14.03 of the BIA are so vague as to infringe section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter). An investigation under paragraph 5(3)(e) is all that is required for the seizure power set out in section 14.03 to be exercised. Under section 14.03, the Superintendent may direct any person to take such steps as the Superintendent may deem necessary to preserve the records of estates. In the applicants' submission, these are vague terms that confer an unlimited discretion on the Superintendent. The wording of paragraph 5(3)(e) and section 14.03 is so vague that it becomes impossible for a court to interpret it as limiting the Superintendent's discretion in any way. Nor do these provisions give individuals any reasonable notice of the circumstances in which the legislation applies or the types of consequences that result from violating it.

Les requérants soutiennent que l'alinéa 5(3)e) et l'article 14.03 de la LFI seraient imprécis au point de contrevenir à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte). La tenue d'une enquête aux termes de l'alinéa 5(3)e) suffit à elle seule pour donner ouverture à l'exercice du pouvoir de saisie prévu à l'article 14.03. Or, dans le contexte de ce dernier article, le surintendant peut ordonner à quiconque de prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la sauvegarde des dossiers d'actifs. Il s'agit là, soumettent-ils, de termes vagues et imprécis qui confèrent au surintendant un pouvoir discrétionnaire illimité. Le libellé de l'alinéa 5(3)e) et de l'article 14.03 est tellement vague et imprécis qu'il devient impossible pour un tribunal de l'interpréter comme limitant de quelque manière les pouvoirs discrétionnaires du surintendant. Ces articles ne fournissent d'ailleurs aux justiciables aucun avertissement raisonnable quant aux circonstances donnant ouverture à l'application de la loi et quant à la nature des conséquences de sa violation.

63 The respondents argued only that, in light of the context of section 14.03 of the BIA, the issue of its vagueness simply does not arise because what is involved is perfectly clear. The Superintendent is made responsible for supervising trustees' administration. The wording of paragraph 5(3)(e) and section 14.03 is not so vague as to justify a finding by me that they cannot provide guidance for legal debate.

64 It is important to recall that the doctrine of vagueness is applicable under section 7 only if the sanction provided for in the provision in question may deprive someone of life, liberty or security of the person.

65 In the case at bar, however, as noted above, the measures provided for in section 14.03 do not affect the right to practice a profession—here the profession of trustee—a right which, according to some cases, may make section 7 of the Charter applicable. In any event, I am of the view that paragraph 5(3)(e) and section 14.03 provide “sufficient guidance for legal debate”.<sup>25</sup> The applicable test is a very strict one. As noted by Gonthier J. in *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*,<sup>26</sup> at page 1071:

In particular, a deferential approach should be taken in relation to legislative enactments with legitimate social policy objectives, in order to avoid impeding the state's ability to pursue and promote those objectives.

66 In the instant case, although it is true that the Superintendent has the discretion to decide what conservatory measures are needed in each situation, the circumstances in which such measures may be taken and the goal to be achieved, namely preserving the records of estates, are specified. The doctrine of vagueness is inapplicable in the circumstances.

## 2. Section 8 of the Charter

67 The applicants argued essentially that the conservatory measures taken in this case were in the

Pour leur part les intimés se contentent d'alléguer 63 que, eu égard au contexte de l'article 14.03 de la LFI, la question de son imprécision ne se pose tout simplement pas puisqu'on sait très bien ce dont il est question. Il s'agit de confier au surintendant la tâche de surveiller l'administration des syndics. Le libellé de l'alinéa 5(3)e) et de l'article 14.03 n'est pas imprécis au point de me permettre d'affirmer que ces articles ne peuvent servir de guide dans un débat judiciaire.

Il est important de rappeler que la théorie de 64 l'imprécision trouve application à l'article 7 que si la sanction prévue à cette disposition risque de porter atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne.

Or, en l'espèce, comme je l'ai mentionné précédemment, les mesures prévues à l'article 14.03 ne concernent pas le droit à l'exercice d'une profession, sa profession, en l'occurrence celle de syndic, lequel, selon une certaine jurisprudence, pourrait donner lieu à l'application de l'article 7 de la Charte. À tout événement, je suis d'avis que l'alinéa 5(3)e) et l'article 14.03 constituent «un guide suffisant pour [donner lieu à] un débat judiciaire»<sup>25</sup>. Le critère applicable en est un très exigeant. Comme l'indiquait le juge Gonthier dans *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*<sup>26</sup>, à la page 1071:

Il faudrait en particulier faire preuve de retenue à l'égard de dispositions législatives qui cherchent à atteindre des objectifs de politique sociale légitime, afin de ne pas nuire à la capacité de l'État de viser et de promouvoir ces objectifs.

En l'espèce, bien que le surintendant ait la discrétion de décider quelles mesures conservatoires seront nécessaires dans chaque situation, il n'en reste pas moins que les circonstances pouvant donner lieu à de telles mesures y sont énumérées ainsi que le but poursuivi soit la sauvegarde des dossiers d'actifs. La théorie de l'imprécision ne peut, dans ces circonstances, trouver application. 66

## 2. L'article 8 de la Charte

Les requérants soumettent essentiellement que les 67 mesures conservatoires en l'espèce sont de la nature

nature of a seizure. Since that seizure was carried out without the prior authorization of a neutral and impartial arbiter, it was unreasonable within the meaning of section 8 of the Charter. They also argued that paragraph 5(3)(e) and section 14.03 of the BIA are constitutionally invalid.

68 It was in *Hunter et al. v. Southam Inc.*<sup>27</sup> that the Supreme Court of Canada first ruled on the scope of section 8 of the Charter, which reads as follows:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

69 In dealing with the basis for this constitutional guarantee, Dickson J. (as he then was) wrote the following.<sup>28</sup>

This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from “unreasonable” search and seizure, or positively as an entitlement to a “reasonable” expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

70 In defining the terms “search” and “seizure” in section 8, reference must be made to the Supreme Court of Canada’s decision in *R. v. Dyment*.<sup>29</sup> In that case, the Court held that the essence of a seizure under section 8 is the taking of a thing from a person by a public authority without that person’s consent.

71 In the instant case, the respondents argued that there was no seizure because the applicants do not own the estate records entrusted to them. In the alternative, they argued that the applicants consented to the seizure.

72 I do not share this view. Since *Plant*,<sup>30</sup> it has been accepted that ownership of the seized items is not a relevant consideration. Because section 8 is essen-

d’une saisie. Or, puisque cette saisie fut pratiquée sans l’autorisation préalable d’un arbitre neutre et impartial, elle est abusive au sens de l’article 8 de la Charte. Ceux-ci soulèvent de plus, la validité constitutionnelle de l’alinéa 5(3)e) et de l’article 14.03 de la LFI.

C’est à l’occasion de l’arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*<sup>27</sup> que la Cour suprême du Canada se prononça pour la première fois quant au domaine d’application de l’article 8 de la Charte, lequel énonce:

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Traitant du fondement de cette garantie constitutionnelle, le juge Dickson (il était alors juge puîné) écrit<sup>28</sup>:

Cette limitation du droit garanti par l’art. 8, qu’elle soit exprimée sous la forme négative, c’est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives», ou sous la forme positive comme le droit de s’attendre «raisonnablement» à la protection de la vie privée, indique qu’il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d’assurer l’application de la loi.

Au moment de définir les termes «saisie» et «perquisition» dont parle l’article 8, il faut s’en remettre à la décision de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *R. c. Dyment*.<sup>29</sup> Dans cet arrêt, la Cour affirme qu’il y a saisie au sens de l’article 8 lorsque les autorités prennent une chose appartenant à une personne sans son consentement.

En l’espèce, les intimés prétendent qu’il n’y a pas eu de saisie parce que les requérants ne sont pas propriétaires des dossiers d’actifs qui leur sont confiés. Dans l’alternative, ils soumettent que ceux-ci ont consenti à cette saisie.

Je ne suis pas de leur avis. Depuis l’arrêt *Plant*<sup>30</sup>, il est établi que la propriété des objets saisis n’est pas une considération pertinente. En effet, puisque

tially concerned with the expectation of privacy, its focus is above all on individuals, not property. The taking of possession on September 1, 1995 was undoubtedly a "seizure" within the meaning given to that term in section 8 of the Charter.

73 Before examining the nature and scope of the guarantee provided by section 8 of the Charter, I should consider whether the guarantee can be waived by a person to whom it applies.

74 In criminal cases, the Supreme Court of Canada applied the following test for waiver before the advent of the Charter:

... [it must be] clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process.<sup>31</sup>

75 In *R. v. Borden*,<sup>32</sup> the Supreme Court made a definitive ruling on the question of what conditions must be met for a waiver of the section 8 guarantee to be valid. It confirmed the approach put forward by the Saskatchewan Court of Appeal in *R. v. Nielsen*,<sup>33</sup> namely that the waiver of the section 8 right must, at a minimum, be subject to the conditions applicable to the waiver of a statutory procedural right like that in issue in *Korponay*.<sup>34</sup>

76 For a true waiver, the person purporting to consent must be possessed of the requisite informational foundation. In *Borden*,<sup>35</sup> Iacobucci J., writing for the majority, stated the following:

... the person purporting to consent must be possessed of the requisite informational foundation for a true relinquishment of the right. A right to choose requires not only the volition to prefer one option over another, but also sufficient available information to make the preference meaningful. This is equally true whether the individual is choosing to forego consultation with counsel or choosing to relinquish to the police something which they otherwise have no right to take.

l'article 8 s'intéresse essentiellement à l'expectative de vie privée, il vise avant tout les personnes et non les biens. La prise de possession du 1<sup>er</sup> septembre 1995 constitue sans aucun doute une «saisie» selon le sens donné à cette expression à l'article 8 de la Charte.

Avant de s'attarder à la nature et à la portée de la garantie offerte par l'article 8 de la Charte, il convient de s'interroger quant à la possibilité que le bénéficiaire de cette garantie y renonce.

Dans les affaires criminelles, la Cour suprême du Canada avait, avant l'avènement de la Charte, retenu le critère de renonciation suivant:

... il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure<sup>31</sup>.

C'est dans l'arrêt *R. c. Borden*<sup>32</sup> que la Cour suprême du Canada trancha définitivement la question des conditions de validité d'une renonciation à la garantie énoncée à l'article 8. Elle confirmait alors l'approche préconisée par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *R. v. Nielsen*<sup>33</sup> à l'effet que la renonciation au droit garanti à l'article 8 devait être assujettie, de façon minimale, aux conditions de renonciation à un droit procédural statutaire de la nature de celui dont il était question dans l'arrêt *Korponay*<sup>34</sup>.

Pour que la renonciation soit réelle, la personne qui est sensée avoir donné son consentement doit disposer de tous les renseignements requis. Dans l'arrêt *Borden*<sup>35</sup>, le juge Iacobucci, rédigeant pour la majorité, écrit:

... la personne qui est censée donner son consentement doit disposer de tous les renseignements requis pour pouvoir renoncer réellement à ce droit. Le droit de choisir exige non seulement que la personne puisse exercer sa volonté de préférer une solution à une autre, mais aussi qu'elle possède suffisamment de renseignements pour faire un choix utile. Cela est également vrai lorsque la personne choisit de s'abstenir de consulter un avocat ou d'abandonner aux policiers quelque chose qu'ils n'auraient autrement pas le droit de prendre.

77 In the case at bar, rather than risk having physical force used against him or proceedings brought against him for hindering government representatives in the performance of their duties, the applicant Mr. Tremblay preferred to act prudently and complied with their demand, on the assumption that the “direction for conservatory measures” pursuant to which they were acting was lawful. The applicant Mr. Tremblay felt that he had no choice; he simply submitted to the requirements of the representatives from the Office of the Superintendent, who, it should be noted, showed up at his place of business accompanied by bailiffs.

78 Moreover, I consider it important to point out that the representatives of the Office of the Superintendent were preceded that day by RCMP officers, who had search warrants issued by a justice of the peace, namely Judge Choquette of the Court of Québec, Criminal and Penal Division. As Mr. Tremblay saw it, the search conducted by the representatives of the Office of the Superintendent came within the scope of the police operation of the same morning. In these circumstances, I cannot conclude that he consented freely and voluntarily to the seizure and thus waived the guarantee conferred on the applicants by section 8 of the Charter.

Applicability of the *Hunter* criteria in a regulatory context

79 To determine whether a statute that authorizes a search or seizure is unreasonable, it is first necessary to ascertain whether the criteria formulated by Dickson J. (as he then was) in *Hunter* are applicable. Those criteria were summarized as follows by Wilson J. in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*:<sup>36</sup>

(a) a system of prior authorization, by an entirely neutral and impartial arbiter who is capable of acting judicially in balancing the interests of the State against those of the individual;

(b) a requirement that the impartial arbiter must satisfy himself that the person seeking the authorization has reasonable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed;

77 En l'espèce, plutôt que de s'exposer à l'usage de la force physique ou à des poursuites pour avoir entravé des représentants du gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions, le requérant, M. Tremblay, a préféré agir avec prudence et a obtempéré à la sommation des représentants, en présumant que les «instructions de mesures conservatoires» en vertu desquelles ils agissaient étaient légales. Le requérant, M. Tremblay, a estimé ne pas avoir de choix; il s'est tout simplement plié aux exigences des représentants du Bureau du surintendant qui, faut-il le préciser, se sont présentés à sa place d'affaires accompagnés de huissiers.

78 Par ailleurs, il m'apparaît important de souligner que les représentants du Bureau du surintendant furent précédés, ce jour là, d'agents de la GRC qui eux détenaient des mandats de perquisition délivrés par un juge de paix, en l'occurrence le juge Choquette de la Cour du Québec, chambre pénale et criminelle. La perquisition menée par les représentants du Bureau du surintendant s'inscrivait pour celui-ci dans le cadre de l'opération policière menée en matinée. Je ne peux, dans ces circonstances, conclure qu'il a consenti librement et volontairement à la saisie renonçant ainsi à la garantie que leur confère l'article 8 de la Charte.

L'applicabilité des critères de l'arrêt *Hunter* dans un contexte réglementaire

79 Afin de déterminer le caractère abusif d'une loi qui autorise la fouille, la saisie ou la perquisition, il faut d'abord déterminer de l'applicabilité des critères formulés par le juge Dickson (il était alors juge puîné) dans l'arrêt *Hunter*. Ces critères furent résumés de la façon suivante par le juge Wilson dans l'arrêt *Thomson Newspaper Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*<sup>36</sup>:

a) une procédure d'autorisation préalable par un arbitre tout à fait neutre et impartial qui est en mesure d'agir de façon judiciaire en conciliant les intérêts de l'État et ceux de l'individu;

b) une exigence que l'arbitre impartial s'assure que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables, établis sous serment, de croire qu'une infraction a été commise;

(c) a requirement that the impartial arbiter must satisfy himself that the person seeking the authorization has reasonable grounds to believe that something which will afford evidence of the particular offence under investigation will be recovered; and

(d) a requirement that the only documents which are authorized to be seized are those which are strictly relevant to the offence under investigation.

c) une exigence que l'arbitre impartial s'assure que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables de croire que l'on découvrira quelque chose qui fournira une preuve que l'infraction précise faisant l'objet de l'enquête a été commise; et

d) une exigence que les seuls documents dont la saisie est autorisée soient ceux se rapportant strictement à l'infraction faisant l'objet de l'enquête.

80 However, in *Thomson Newspapers Ltd.*<sup>37</sup> and *R. v. McKinlay Transport Ltd.*,<sup>38</sup> the Supreme Court stated that the development of less stringent criteria for administrative or regulatory searches and seizures may be consistent with the spirit of section 8.

80 Cependant, dans les affaires *Thomson Newspapers Ltd.*<sup>37</sup> et *R. c. McKinlay Transport Ltd.*<sup>38</sup>, la Cour suprême affirme que l'élaboration de critères moins sévères applicables aux perquisitions et saisies administratives ou réglementaires peut être conforme avec l'esprit de l'article 8.

81 The standard of review must be reasonable and take account of the regulatory nature of the legislation and the scheme enacted.<sup>39</sup> For example, prior authorization is not required for a search or seizure that is aimed not at detecting criminal activities but rather at ensuring compliance with regulatory provisions adopted to protect the public interest.<sup>40</sup> It is thus necessary to balance a group of factors.

81 La norme d'examen doit être raisonnable et tenir compte de la nature réglementaire du texte législatif et de son intention générale<sup>39</sup>. Par exemple, une fouille, perquisition ou saisie qui ne vise pas à mettre à jour des activités criminelles mais plutôt le respect de dispositions de réglementation édictées dans l'intérêt public ne requiert pas une autorisation préalable<sup>40</sup>. Il s'agit donc, de soupeser un ensemble de facteurs.

82 What is the purpose of the legislation? What is the degree of intrusion? What expectation of privacy should exist in light of the purpose of the legislation? What is the nature of the seized documents? These are a few of the questions that must be asked.<sup>41</sup>

82 Quel est le but de la législation? Quel est le degré d'intrusion? Quelle devrait être l'expectative de vie privée compte tenu du but de la législation? Quelle est la nature des documents saisis? Ce sont là quelques-unes des questions qu'il faut se poser<sup>41</sup>.

83 Sections 14.01, 14.02 and 14.03 of the BIA are part of a set of provisions whose essential purpose is the supervision of trustees' administration and conduct. In authorizing such supervision by the Superintendent, Parliament's primary aim is to protect third parties, whether they be debtors or creditors. The nature of the role played by trustees makes the existence of such rules necessary. Trustees act as fiduciaries and as such, as we have seen, they are responsible for administering property owned by others. For this reason, the duties and obligations of trustees in bankruptcy are highly regulated. Such trustees are subject to constant audits, by means of which the Superintendent assures himself of their

83 Les articles 14.01, 14.02 et 14.03 de la LFI font partie d'un ensemble de dispositions qui ont essentiellement pour objet la surveillance de l'administration et de la conduite des syndics. En autorisant une telle surveillance de la part du surintendant, le législateur cherche avant tout à protéger les tiers, qu'ils soient débiteurs ou créanciers. La nature du rôle qu'exercent les syndics rend nécessaire l'existence de telles règles. En effet ceux-ci agissent à titre de fiduciaires et, à ce titre, comme nous l'avons vu, ils sont chargés de l'administration des biens appartenant à autrui. Pour cette raison, les devoirs et obligations des syndics de faillite constituent un domaine largement réglementé. Ils sont sujets à de constantes



integrity.

84 Moreover, the documents administered by trustees are, according to law, public documents. It has been found that the expectation of privacy associated with such documents, that is, documents produced in the course of operating a regulated business, is lower than the expectation of privacy associated with documents that are strictly personal and private.

85 As noted by La Forest J. in *R. v. Fitzpatrick*:<sup>42</sup>

In my view a similar standard should be applied to the use in a regulatory prosecution of records that are statutorily compelled as a condition of participation in the regulatory area. Little expectation of privacy can attach to these documents, since they are produced precisely to be read and relied upon by state officials. [Emphasis added.]

86 In light of these various factors, I do not think that the balance to be struck between society's interests and the applicants' expectation of privacy, which in the circumstances is low, requires a strict application of the *Hunter* criteria.

87 Our courts have recently developed less stringent criteria for cases in which the *Hunter* criteria are inapplicable. In this regard, I consider the Ontario Court of Appeal's decision in *Johnson v. Ontario (Minister of Revenue)*<sup>43</sup> to be relevant. In that case, the Court had to determine whether subsections 15(3) and (4) of the *Tobacco Tax Act*<sup>44</sup> were constitutional. Those subsections authorized the seizure of motor vehicles used in the tobacco trade and the contents thereof.

88 Since the measures authorized by subsections 15(3) and (4) of the *Tobacco Tax Act* were administrative or regulatory in nature, the parties acknowledged that the strict criteria formulated in *Hunter* were inapplicable. It was in that context that Arbour J.A. wrote the following:<sup>45</sup>

However, the fact that legislation is merely regulatory rather than criminal in nature does not in itself determine

vérifications, au moyen desquelles le surintendant s'assure de leur intégrité.

84 De plus, les documents sous l'administration des syndics sont de par la loi des documents publics. Il a été reconnu que l'expectative de vie privée qui se rattache à de tels documents, à savoir des documents produits dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise réglementée, est moindre que celle qui se rattache à des documents de nature strictement personnelle et privée.

85 Comme le rappelait le juge La Forest dans l'affaire *R. c. Fitzpatrick*<sup>42</sup>:

À mon avis, une norme semblable devrait s'appliquer à l'utilisation, dans des poursuites pour infraction à la réglementation, de dossiers requis par la loi comme condition de participation au domaine d'activité réglementé. Une faible attente en matière de vie privée peut se rattacher à ces documents, étant donné qu'ils sont préparés précisément pour être lus et utilisés par les fonctionnaires de l'État. [C'est moi qui souligne.]

86 Compte tenu de ces divers éléments, je ne crois pas que l'équilibre recherché entre les intérêts sociaux et l'expectative de vie privée des requérants, qui dans un tel contexte est faible, requiert l'application rigoureuse des critères de l'arrêt *Hunter*.

87 Nos tribunaux ont récemment développé des critères moins sévères lorsque les critères de l'arrêt *Hunter* sont inapplicables. À cet égard, la décision de la Cour d'appel d'Ontario dans l'affaire *Johnson v. Ontario (Minister of Revenue)*<sup>43</sup> me paraît pertinente. La Cour devait, dans cette affaire, décider de la constitutionnalité des paragraphes 15(3) et (4) de la *Tobacco Tax Act*<sup>44</sup>. Ces paragraphes autorisaient la saisie de véhicules automobiles utilisés pour le commerce du tabac ainsi que de leur contenu.

88 Étant donné la nature administrative ou réglementaire des mesures autorisées par les paragraphes 15(3) et (4) de la *Tobacco Tax Act*, les parties reconnassèrent que les critères sévères de l'arrêt *Hunter* ne pouvaient trouver application. C'est dans ce contexte que le juge d'appel Arbour écrit<sup>45</sup>:

[TRADUCTION] Cependant, le fait que le texte législatif soit simplement de nature réglementaire plutôt que pénale

what standard of reasonableness will be required. This depends largely on the second step in the analysis which consists of identifying the privacy interest which is at stake under the search and seizure provision and the severity of the intrusion on that privacy interest.

89 It is therefore necessary to strike a balance between the reasonable expectation of privacy and the seriousness of the intrusion resulting from the search or seizure. She concluded as follows:<sup>46</sup>

Against this limited privacy claim, the intrusion permitted by s. 15 is serious . . . . The section contains no requirement of reasonable and probable grounds or even of reasonable suspicion. It allows a person authorized by the Minister of Revenue to stop and detain for any purpose related to the administration or enforcement of the *Tobacco Tax Act*, any commercial vehicle, to search the contents thereof, to seize documents that may afford evidence of a contravention of the Act and to seize cargo if it consists of more than 10,000 cigarettes.

90 She noted, however, that persons engaged in a regulated activity, such as the tobacco trade, must expect that the authorities will make certain inspections and checks. In other words, persons involved in a regulated activity must expect a certain amount of intrusion by administrative authorities. However, the measures authorized by subsections 15(3) and (4) went much further than what such persons were obliged to expect. Such measures would not be consistent with the section 8 guarantee unless the reasonable grounds test were met. She stated the following:<sup>47</sup>

A requirement of reasonable and probable grounds to believe that a commercial vehicle contains evidence of a contravention of the *Tobacco Tax Act* will, in my opinion, reduce the scope of the search sufficiently to recognize the privacy interest at stake. While not unduly impairing the enforcement of the Act, such a requirement would also satisfy the s. 8 *Charter* standard required for regulatory type searches.

91 The *Johnson*<sup>48</sup> test must, however, be applied only in cases in which the significance and severity

ne détermine pas en soi quelle norme sera requise en ce qui a trait au caractère raisonnable. Cela dépend grandement de la deuxième étape de l'analyse qui consiste à identifier le droit à la vie privée qui est en jeu en vertu de la disposition relative aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies et la gravité de l'empiètement sur ce droit à la vie privée.

Il s'agit donc d'établir un équilibre entre l'expectative raisonnable de vie privée et la gravité de l'intrusion résultant de la saisie ou de la perquisition. Elle conclut<sup>46</sup>:

[TRADUCTION] Par comparaison à ce droit limité à la vie privée, l'intrusion permise par l'art. 15 est grave . . . L'article ne contient aucune exigence quant à l'existence de motifs raisonnables et probables ou même de soupçons raisonnables. Il permet à une personne autorisée par le ministre du Revenu d'arrêter et de détenir à toute fin liée à l'administration ou à l'application de la *Tobacco Tax Act* tout véhicule commercial, d'en fouiller et perquisitionner le contenu, de saisir des documents qui peuvent fournir la preuve d'une contravention à la Loi et de saisir le chargement s'il comprend plus de 10 000 cigarettes.

Elle rappelle cependant que les personnes engagées dans une activité réglementée, telle le commerce du tabac, doivent s'attendre à ce que les autorités procèdent à certaines inspections et vérifications. En d'autres termes, les personnes impliquées dans une activité réglementée doivent s'attendre à un certain degré d'intrusion de la part des autorités administratives. Les mesures autorisées par les paragraphes 15(3) et (4) vont toutefois beaucoup plus loin que ce à quoi le justiciable doit s'attendre. Une mesure du type de celle dont il est question ne sera conforme à la garantie énoncée à l'article 8 que si le critère des motifs raisonnables est respecté. Elle affirme<sup>47</sup>:

[TRADUCTION] Le fait d'exiger l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'un véhicule commercial contient la preuve qu'il y a eu contravention à la *Tobacco Tax Act* réduira, à mon avis, la portée de la fouille ou perquisition suffisamment pour reconnaître le droit à la vie privée qui est en jeu. Sans nuire indûment à l'application de la Loi, une telle exigence satisferait également à la norme requise par l'art. 8 de la *Charte* pour les fouilles et perquisitions du genre de celles prévues par des textes de nature réglementaire.

Le critère formulé dans l'arrêt *Johnson*<sup>48</sup> ne doit toutefois être appliqué que dans les seuls cas où

of the intrusion so require. The reasonable grounds requirement will not be applicable when the case involves monitoring-type measures such as those discussed by Arbour J.A., namely checks and inspections that a person engaged in a regulated activity must reasonably expect. Likewise, the test will not be applied when doing so would be unjustified given the low degree of “intrusion”.

l'importance et la sévérité de l'intrusion le commandant. L'exigence de motifs raisonnables sera inapplicable lorsqu'il s'agit de mesures de contrôle du type de celles dont traite la juge Arbour, c'est-à-dire les vérifications et inspections auxquelles une personne impliquée dans une activité réglementée doit raisonnablement s'attendre. De même, on se refusera à appliquer le critère lorsque son application serait injustifiée eu égard au faible degré d'«intrusion».

92 In my view, since this case involves a search of private premises that was not conducted as part of a regulatory inspection, the degree of intrusion is greater than it would be, for example, in a case involving a request for the production of documents. For this reason, I feel that when conservatory measures involve a search or seizure within the meaning given to those terms in section 8 of the Charter, the measures cannot be taken unless there are reasonable grounds to believe that they will make it possible to “preserve” the records of estates.

À mon avis, puisqu'il s'agit, dans la présente affaire, d'une perquisition dans les locaux privés qui n'est pas exécutée dans le cadre d'une inspection réglementaire, le degré d'intrusion est plus grand que par exemple dans le cas d'une demande de production de documents. Pour cette raison, je crois que lorsque les mesures conservatoires impliquent une perquisition ou une saisie selon le sens donné à cette expression à l'article 8 de la Charte, elles ne peuvent avoir lieu sans des motifs raisonnables de croire qu'elles permettront la «sauvegarde» des dossiers d'actifs.

92

93 Thus, in so far as it authorizes conservatory measures in the nature of a “seizure” where there are no reasonable grounds to believe that the measures will make it possible to “preserve” the records of an estate, paragraph 14.03(1)(b) of the BIA infringes the guarantee set out in section 8 of the Charter. That infringement is not saved by section 1, no evidence having been adduced in this regard by the Attorney General of Canada.

Ainsi, pour autant qu'il autorise des mesures conservatoires de la nature d'une «saisie» en l'absence de motifs raisonnables de croire que celles-ci permettront la «sauvegarde» des dossiers de l'actif, l'alinéa 14.03(1)b) de la LFI viole la garantie énoncée à l'article 8 de la Charte. Cette violation n'est pas rachetée par le jeu de l'article premier, aucune preuve n'ayant été présentée à cet égard par le procureur général du Canada.

93

94 In so far as it infringes section 8 of the Charter, paragraph 14.03(1)(b) of the BIA is of no force or effect. I must therefore consider what remedy would be appropriate. In *Schachter v. Canada*,<sup>49</sup> Lamer C.J. set out the range of remedies and the principles applicable to selecting the appropriate one:

Dans la mesure où il viole l'article 8 de la Charte, l'alinéa 14.03(1)b) de la LFI est inopérant. Il me faut donc examiner quelle devrait être la réparation appropriée. Dans l'arrêt *Schachter c. Canada*<sup>49</sup>, le juge en chef Lamer a formulé l'éventail des réparations et les principes applicables au moment de choisir celle qui s'impose:

94

A court has flexibility in determining what course of action to take following a violation of the *Charter* which does not survive s. 1 scrutiny. Section 52 of the *Constitution Act, 1982* mandates the striking down of any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution, but only “to the extent of the inconsistency”. Depending upon the circumstances, a court may simply strike down, it may strike down and temporarily suspend the declaration of

Un tribunal jouit d'une certaine latitude dans le choix de la mesure à prendre dans le cas d'une violation de la *Charte* qui ne résiste pas à un examen fondé sur l'article premier. L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit l'annulation des «dispositions incompatibles» de toute règle de droit. Selon les circonstances, un tribunal peut simplement annuler une disposition, il peut l'annuler et suspendre temporairement l'effet de la déclaration

invalidity, or it may resort to the techniques of reading down or reading in. . . . In choosing how to apply s. 52 . . . a court will determine its course of action with reference to the nature of the violation and the context of the specific legislation under consideration.<sup>50</sup>

95 For the following reasons, I am satisfied that the appropriate remedy in the circumstances is to “read down” paragraph 14.03(1)(b) of the BIA so that conservatory measures in the nature of a “seizure” are not authorized unless the Superintendent or his delegate has reasonable grounds to believe that they will make it possible to “preserve” the records of estates. This was the type of remedy chosen by the Supreme Court of Canada in a similar context in *R. v. Grant*.<sup>51</sup>

96 The advantage of such a remedy is that it means that a mechanism that is absolutely essential for the protection of third parties can be maintained. In my view, the reading down involved here satisfies Parliament’s legitimate concerns for effective law enforcement without offending the reasonable seizure requirement under section 8 of the Charter.

97 The existence of reasonable grounds can be verified by this Court through judicial review after the fact. In *Thomson Newspapers Ltd.*,<sup>52</sup> La Forest J. noted the importance of such judicial review where the requirement of prior judicial authorization is found to be inapplicable:

The opportunity to challenge, by way of judicial review, the relevancy of any particular use of s. 17 to matters in respect of which the Director or Commission can conduct inquiries, provides adequate guarantee against potential abuse of the power s. 17 confers. No evidence of any such abuse is apparent in the case before this Court.

98 I now turn to the question of whether, in the case at bar, the Deputy Superintendent had reasonable grounds to believe that the conservatory measures would make it possible to “preserve” the records of estates. In my view, an affirmative answer must be given to this question. As I noted above, the evidence in the record refers to very serious misconduct, which called for effective and prompt action to protect the estates of third parties.

d’invalidité ou il peut appliquer les techniques d’interprétation atténuée ou d’interprétation large . . . . Lorsqu’il choisit la façon dont il appliquera l’art. 52 . . . , un tribunal doit déterminer les mesures qu’il prendra eu égard à la nature de la violation et au contexte de la loi visée<sup>50</sup>.

Pour les raisons qui suivent, je suis convaincue 95 que la réparation appropriée dans les circonstances est d’accorder une «interprétation atténuée» de l’alinéa 14.03(1)(b) de la LFI de façon à ne pas autoriser les mesures conservatoires de la nature d’une «saisie» lorsque le surintendant, ou son délégué, n’a pas de motifs raisonnables de croire qu’elles permettront la «sauvegarde» des dossiers d’actifs. C’est d’ailleurs le type de réparation choisi par la Cour suprême du Canada dans un contexte similaire, dans l’arrêt *R. c. Grant*<sup>51</sup>.

Un tel remède a l’avantage de permettre le main- 96 tien d’un mécanisme impérativement requis pour la protection des tiers. L’interprétation atténuée en question rencontre, à mon avis, les préoccupations légitimes du législateur d’une application efficace de la loi sans pour autant empiéter sur l’exigence d’une saisie non abusive garantie à l’article 8 de la Charte.

L’existence de motifs raisonnables pourra être 97 vérifiée par cette Cour dans le cadre d’un contrôle judiciaire après le fait. Le juge La Forest rappelle, dans l’arrêt *Thomson Newspapers Ltd.*<sup>52</sup>, l’importance du contrôle judiciaire après le fait lorsque l’exigence d’autorisation judiciaire préalable est jugée inapplicable:

La possibilité de contester par voie de contrôle judiciaire la pertinence de tout recours particulier à l’art. 17 quant à l’objet des enquêtes que peuvent tenir le directeur ou la Commission offre une garantie suffisante contre tout abus possible du pouvoir conféré par l’art. 17. Il n’y a preuve d’aucun abus semblable dans le présent pourvoi.

Je passe maintenant à la question de savoir si, en 98 l’espèce, le surintendant associé avait des motifs raisonnables de croire que les mesures conservatoires permettraient d’assurer la «sauvegarde» des dossiers d’actifs. À mon avis, il faut répondre affirmativement à cette question. Comme je l’ai dit précédemment, la preuve au dossier fait état de manquements très graves, lesquels commandaient une mesure efficace et prompte pour assurer la sauvegarde des actifs appartenant aux tiers.

99 As for the applicants' argument with respect to section 12 of the Charter, I need only say that the conservatory measures taken in the case at bar do not amount to "cruel and unusual treatment". Section 12 is therefore inapplicable.

100 I also reject the arguments based on the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III] on the basis that they are without merit.

### CONCLUSION

101 For these reasons, the applications for judicial review are allowed in part. Paragraph 14.03(1)(b) of the BIA is of no force or effect in so far as it authorizes the taking of conservatory measures in the nature of a "seizure" where there are no reasonable grounds to believe that the measures will make it possible to "preserve" the records of estates.

102 The applicants' conclusions seeking to reserve their right to claim damages are dismissed.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. B-3 (as am. by S.C. 1992, c. 27, s. 2).

<sup>2</sup> It is s. 10(1) [as am. *idem*, s. 7] of the BIA that authorizes the Superintendent to issue investigation mandates.

<sup>3</sup> See the respondents' application record, Vol. I., at pp. 268 *et seq.*

<sup>4</sup> R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4).

<sup>5</sup> (1993), 116 D.L.R. (4th) 333 (F.C.A.).

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> In this regard, see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

<sup>8</sup> *Id.*, at p. 1076.

<sup>9</sup> Audit progress report, May 1995, letter of May 11, 1995; letter of the Assistant Superintendent dated June 19, 1995; letter of June 22, 1995.

<sup>10</sup> *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at p. 896.

<sup>11</sup> [1980] 2 S.C.R. 1011, at pp. 1024-1025.

<sup>12</sup> *Bunn v. Law Society of Manitoba* (1990), 63 Man.R. (2d) 210 (Q.B.), at p. 213.

<sup>13</sup> *Id.*, at p. 213.

<sup>14</sup> *Supra*, note 4.

<sup>15</sup> *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, at pp. 7-8.

Quant à l'argumentation des requérants concernant l'article 12 de la Charte, qu'il me suffise de dire que les mesures conservatoires prises en l'espèce ne constituent pas un «traitement cruel et inusité». L'article 12 ne peut donc recevoir aucune application.

De la même façon, je rejette les arguments fondés sur la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), appendice III] comme n'ayant aucun mérite.

### CONCLUSION

Pour ces motifs, les demandes de contrôle judiciaire sont accueillies en partie. L'alinéa 14.03(1)b) de la LFI est inopérant dans la mesure où il autorise l'émission de mesures conservatoires de la nature d'une «saisie» en l'absence de motifs raisonnables de croire que ces mesures permettront la «sauvegarde» des dossiers d'actifs.

Je rejette les conclusions des requérants demandant de réserver leurs recours en dommages.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. B-3 (mod. par L.C. 1992, ch. 27, art. 2).

<sup>2</sup> C'est l'art. 10(1) [mod., *idem*, art. 7] de la LFI qui confère au surintendant le pouvoir d'émettre des mandats d'enquête.

<sup>3</sup> Voir le dossier des intimés, vol. I, aux p. 268 et s.

<sup>4</sup> L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4).

<sup>5</sup> (1993), 116 D.L.R. (4th) 333 (C.A.F.).

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Voir à cet égard, l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

<sup>8</sup> *Id.*, à la p. 1076.

<sup>9</sup> Rapport intérimaire de vérification, mai 1995, lettre du 11 mai 1995; lettre du surintendant adjoint datée du 19 juin 1995; lettre du 22 juin 1995.

<sup>10</sup> *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, à la p. 896.

<sup>11</sup> [1980] 2 S.C.R. 1011, aux p. 1024 et 1025.

<sup>12</sup> *Bunn v. Law Society of Manitoba* (1990), 63 Man.R. (2d) 210 (B.R.), à la p. 213.

<sup>13</sup> *Id.*, à la p. 213.

<sup>14</sup> *Supra*, note 4.

<sup>15</sup> *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, aux p. 7 et 8.

<sup>16</sup> [1985] 2 S.C.R. 486.

<sup>17</sup> *Wilson v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1988), 53 D.L.R. (4th) 171 (B.C.C.A.), at p. 195; *Howard v. Architectural Inst. of B.C.* (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 315 (S.C.), at pp. 320-323; *Richardson v. Ass. of Prof. Engineers*, [1990] 1 W.W.R. 709 (B.C.S.C.), at pp. 716-717; and *Harvey v. Law Society of Newfoundland* (1992), 93 Nfld. & P.E.I.R. 339 (S.C.), at pp. 349-351 and 353.

<sup>18</sup> [1988] 1 S.C.R. 30.

<sup>19</sup> Patrice Garant, *Droit administratif*, 3rd ed., Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1991, Vol. III, at pp. 416-417.

<sup>20</sup> *R. v. Morgentaler*, *supra*, note 18, at p. 68. A majority of judges concurred with him on this point.

<sup>21</sup> [1990] 1 S.C.R. 1123.

<sup>22</sup> *Supra*, note 18.

<sup>23</sup> [1992] 2 S.C.R. 606.

<sup>24</sup> *Id.*, at p. 639.

<sup>25</sup> *Id.*, at p. 643.

<sup>26</sup> [1995] 2 S.C.R. 1031.

<sup>27</sup> [1984] 2 S.C.R. 145.

<sup>28</sup> *Id.*, at pp. 159-160.

<sup>29</sup> [1988] 2 S.C.R. 417.

<sup>30</sup> *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281.

<sup>31</sup> *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, at p. 49.

<sup>32</sup> [1994] 3 S.C.R. 145.

<sup>33</sup> [1988] 6 W.W.R. 1 (Sask. C.A.).

<sup>34</sup> *Supra*, note 31.

<sup>35</sup> *Supra*, note 32, at p. 162.

<sup>36</sup> [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 449.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> [1990] 1 S.C.R. 627.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> *Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards Re* (1985), 51 O.R. (2d) 509 (C.A.).

<sup>41</sup> *R. v. Ezzeddine (M.)*, (1996), 183 A.R. 37 (Q.B.).

<sup>42</sup> [1995] 4 S.C.R. 154, at pp. 181-182.

<sup>43</sup> (1990), 75 O.R. (2d) 558 (C.A.).

<sup>44</sup> R.S.O. 1980, c. 502, s. 15.

<sup>45</sup> *Supra*, note 43, at p. 567.

<sup>46</sup> *Supra*, note 43, at pp. 568-569.

<sup>47</sup> *Supra*, note 43, at p. 574.

<sup>48</sup> *Supra*, note 43.

<sup>49</sup> [1992] 2 S.C.R. 679.

<sup>50</sup> *Id.*, at pp. 695-696.

<sup>51</sup> [1993] 3 S.C.R. 223.

<sup>52</sup> *Supra*, note 36, at p. 535.

<sup>16</sup> [1985] 2 R.C.S. 486.

<sup>17</sup> *Wilson v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1988), 53 D.L.R. (4th) 171 (C.A.C.-B.), à la p. 195; *Howard v. Architectural Inst. of B.C.* (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 315 (C.S.), aux p. 320 à 323; *Richardson v. Assn. of Prof. Engineers*, [1990] 1 W.W.R. 709 (C.S.C.B.), aux p. 716-717; et *Harvey v. Law Society of Newfoundland* (1992), 93 Nfld. & P.E.I.R. 339 (C.S.), aux p. 349 à 351 et 353.

<sup>18</sup> [1988] 1 R.C.S. 30.

<sup>19</sup> Garant, Patrice. *Droit administratif*, 3<sup>e</sup> éd., Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1991, vol. III, aux p. 416 et 417.

<sup>20</sup> *R. c. Morgentaler*, *supra*, note 18, à la p. 68. Il a, sur ce point, l'assentiment des majoritaires.

<sup>21</sup> [1990] 1 R.C.S. 1123.

<sup>22</sup> *Supra*, note 18.

<sup>23</sup> [1992] 2 R.C.S. 606.

<sup>24</sup> *Id.*, à la p. 639.

<sup>25</sup> *Id.*, à la p. 643.

<sup>26</sup> [1995] 2 R.C.S. 1031.

<sup>27</sup> [1984] 2 R.C.S. 145.

<sup>28</sup> *Id.*, aux p. 159 et 160.

<sup>29</sup> [1988] 2 R.S.C. 417.

<sup>30</sup> *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281.

<sup>31</sup> *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, à la p. 49.

<sup>32</sup> [1994] 3 R.C.S. 145.

<sup>33</sup> [1988] 6 W.W.R. 1 (C.A. Sask.).

<sup>34</sup> *Supra*, note 31.

<sup>35</sup> *Supra*, note 32, à la p. 162.

<sup>36</sup> [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 449.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> [1990] 1 R.C.S. 627.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> *Belgoma Transportation Ltd. and Director of Employment Standards, Re* (1985), 51 O.R. (2d) 509 (C.A.).

<sup>41</sup> *R. v. Ezzeddine (M.)*, (1996), 183 A.R. 37 (B.R.).

<sup>42</sup> [1995] 4 R.C.S. 154, aux p. 181 et 182.

<sup>43</sup> (1990), 75 O.R. (2d) 558 (C.A.).

<sup>44</sup> R.S.O. 1980, ch. 502, art. 15.

<sup>45</sup> *Supra*, note 43, à la p. 567.

<sup>46</sup> *Supra*, note 43, aux p. 568 et 569.

<sup>47</sup> *Supra*, note 43, à la p. 574.

<sup>48</sup> *Supra*, note 43.

<sup>49</sup> [1992] 2 R.C.S. 679.

<sup>50</sup> *Id.*, aux p. 695 et 696.

<sup>51</sup> [1993] 3 R.C.S. 223.

<sup>52</sup> *Supra*, note 36, à la p. 535.

T-2419-93

T-2419-93

**The Honourable Sinclair Stevens** (*Applicant*)**L'honorable Sinclair Stevens** (*requérant*)

v.

c.

**The Prime Minister of Canada (The Privy Council)** (*Respondent*)**Le Premier ministre du Canada (le Conseil privé)** (*intimé*)**INDEXED AS: STEVENS v. CANADA (PRIME MINISTER)**  
**(T.D.)****RÉPERTORIÉ: STEVENS c. CANADA (PREMIER MINISTRE)**  
**(1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Rothstein J.—Toronto, January 8 and February 29, 1997.

Section de première instance, juge Rothstein—Toronto, 8 janvier et 29 février 1997.

*Practice — Privilege — Applicant seeking from PCO legal accounts relating to Commission of Inquiry — Accounts submitted to Commission, forwarded to PCO for payment — PCO disclosing 336 pages of legal accounts, deleting narrative on 73 pages based on solicitor-client privilege — One legal account, one disbursement memo inadvertently disclosed — Solicitors' accounts privileged — Commission department of government for financial purposes — Release of privileged information by one government institution to another not normally waiver of solicitor-client privilege — That accounts given to PCO reflecting administrative arrangement between two departments of government — Solicitor-client privilege not waived — As Commissioner required by Order in Council to file papers, records with Clerk of Privy Council, disclosure compulsory — Not constituting waiver — Inadvertent release not waiver — Necessary to consider all circumstances to determine whether partial disclosure constituting attempt to mislead so that privilege over entire document lost — Partial disclosure based on mistaken belief not subject to privilege — No attempt to cause unfairness, mislead Court — Partial disclosure not waiver.*

*Pratique — Communications privilégiées — Le requérant a demandé au BCP de lui communiquer les relevés de services d'avocat requis par la commission d'enquête — Ces relevés avaient été soumis à la commission qui les avait transmis au BCP pour règlement — Le BCP lui a communiqué 336 pages de relevés, dont ont été occultés les passages descriptifs de 73 pages pour cause de secret des communications entre client et avocat — Un relevé de services et une note de débours ont été communiqués par inadvertance — Les relevés de services d'avocat sont protégés — La commission est un ministère sur le plan de l'administration financière — La transmission de renseignements protégés d'une institution fédérale à une autre ne vaut normalement pas renonciation au secret des communications entre client et avocat — Le fait que les relevés étaient transmis au BCP résultait d'arrangements administratifs entre deux ministères — Il n'y a pas eu renonciation au secret des communications entre client et avocat — Le décret de nomination faisant au commissaire obligation de transmettre ses dossiers au greffier du Conseil privé, la divulgation était obligatoire — Elle ne valait pas renonciation — La divulgation par inadvertance ne vaut pas renonciation — Il est nécessaire de prendre en considération toutes les circonstances pour savoir si une divulgation partielle constitue une tentative d'induire en erreur de telle façon que la protection soit anéantie pour le document tout entier — La divulgation partielle s'expliquait par la croyance erronée que le renseignement en question n'était pas protégé — Il n'y a eu tentative ni de désavantager une partie ni d'induire la Cour en erreur — La divulgation partielle ne valait pas renonciation.*

*Access to information — PCO disclosing 336 pages of legal accounts relating to Commission of Inquiry, deleting narrative on 73 pages based on solicitor-client privilege under Access to Information Act, s. 23 — Reference to s. 23 in decision demonstrating determinations made (1) material subject to solicitor-client privilege; (2) not to disclose such information — Explicit reference to s. 23 as "discretionary exemption" leading to inference decision maker having regard to s. 23, fact contemplating discre-*

*Accès à l'information — Le BCP a communiqué 336 pages de relevés de services d'avocat requis par la commission d'enquête, avec occultation des passages descriptifs de 73 pages pour cause de secret des communications entre client et avocat et en application de l'art. 23 de la Loi sur l'accès à l'information — La mention de l'art. 23 dans la décision montre qu'il y a eu (1) décision que les renseignements en question étaient protégés par le secret des communications entre client et avocat; et (2) décision*

*tionary exemption — Discretionary decision not to disclose made — Absent legislative requirement, decision not reviewable solely because of failure to disclose reasons — Under s. 23 Court only determining whether head of government institution authorized to refuse to disclose based on solicitor-client privilege — Reason for refusal self-evident — Decision not to disclose not requiring further reasons — Head of government institution considering whether to waive right, in whole or in part, to maintain confidentiality of information subject to privilege within requirements of s. 23 — No error in exercise of discretion — Motion for access by counsel to information before Court so could make submissions on informed basis denied as untimely and decision not turning on specific contents of material.*

This was an application under *Access to Information Act*, section 41 for review of the Information Commissioner's decision. The applicant sought from the Privy Council Office (PCO) all legal accounts relating to the Commission of Inquiry (sometimes referred to as the Parker Commission) into allegations of conflict of interest in respect of the applicant. The accounts had been submitted to the Commission and then forwarded to the PCO for payment. The PCO provided to the applicant 336 pages of legal accounts showing the names of the lawyers providing the services rendered, the dates on which the services were rendered and the time spent each day. Disbursements were listed in detail, but the narrative portions on 73 pages of the disclosed accounts were expurgated on the basis of solicitor-client privilege pursuant to section 23. One legal account was inadvertently disclosed to the applicant, as was a disbursement memo indicating the parties to a telephone conversation.

The issues were whether the narrative portions of the statements of account were subject to solicitor-client privilege; whether there was a waiver of the privilege either by disclosure to a third party when the Commissioner sent the accounts to the PCO for payment, or by partial disclosure; and whether the head of the Privy Council exercised discretion in accordance with the *Access to Information Act*.

*Held*, the application should be dismissed.

*de ne pas les divulguer — La mention expresse que l'exemption fondée sur l'art. 23 est une exemption discrétionnaire permet de conclure que l'autorité responsable s'est référée à l'art. 23 et au fait qu'il prévoit l'exemption discrétionnaire — Le responsable a pris la décision discrétionnaire de ne pas communiquer — Sauf disposition dans ce sens de la Loi, une décision n'est pas susceptible de contrôle judiciaire du seul fait qu'elle n'est pas motivée — Dans le contexte de l'art. 23, la Cour n'est appelée qu'à décider si le responsable de l'institution fédérale est habilité à refuser la communication pour cause de secret des communications entre client et avocat — Le motif de refus était clair — Il n'était pas nécessaire de prendre d'autres motifs dans la décision — Le responsable de l'institution fédérale doit examiner s'il y a lieu de renoncer à tout ou partie du droit de préserver la confidentialité du renseignement protégé par le secret des communications entre client et avocat au sens de l'art. 23 — Aucune erreur n'entache l'exercice du pouvoir discrétionnaire — La requête, faite à l'audience par les avocats du requérant, en communication des renseignements occultés afin qu'ils puissent présenter des conclusions informées, est rejetée pour cause d'introduction tardive et par ce motif que cette décision ne porte pas sur le contenu spécifique des renseignements en question.*

Recours en contrôle judiciaire de la décision du Commissaire à l'information, exercé en application de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*. Le requérant avait demandé au Bureau du Conseil privé (BCP) de lui communiquer tous les relevés de services d'avocat requis par la Commission d'enquête sur les allégations de conflit d'intérêts le concernant (parfois appelée commission Parker). Ces relevés avaient été soumis à la commission d'enquête qui les avait ensuite transmis au BCP pour règlement. Le requérant s'est vu communiquer 336 pages de relevés de services d'avocat, lesquels donnent le nom de l'avocat qui a effectué le service, la date de ce service et le temps qu'il y a consacré chaque jour. Les débours sont indiqués en détail, mais les passages descriptifs de 73 pages de relevés communiqués ont été occultés, en application de l'article 23, pour cause de secret des communications entre client et avocat. Un relevé de services d'avocat a été communiqué par inadvertance au requérant, ainsi qu'un relevé de débours donnant les noms des parties à une conversation téléphonique.

Il échet d'examiner si les passages descriptifs des relevés de services d'avocat sont protégés par le secret des communications entre client et avocat; s'il y a eu renonciation à cette protection soit du fait que la commission a divulgué ces relevés à une tierce partie en les transmettant au BCP pour règlement, soit du fait qu'ils ont été partiellement divulgués; et si le responsable du Bureau du Conseil privé a exercé son pouvoir discrétionnaire conformément à la *Loi sur l'accès à l'information*.

*Jugement*: la demande doit être rejetée.



The solicitors' accounts herein were directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice or assistance. They were protected by solicitor-client privilege. Solicitor-client privilege is a substantive rule of law, and its breadth is not meant to vary depending on whether it is invoked for the purposes of the *Access to Information Act* or in some other context. Solicitors' accounts are privileged under the *Access to Information Act* as well as other contexts.

Commissioner Parker was the client. The solicitor-client relationship was between counsel and Commissioner Parker, and if solicitor-client privilege was to be invoked, it was for Commissioner Parker to do so. Affidavit evidence that the Commissioner had instructed the assistant counsel to the Commission that he would not waive his solicitor-client privilege over the material to which access was sought was sufficient to prove that the Commissioner claimed solicitor-client privilege and that he would not waive it.

The Parker Commission was a department of government for financial purposes, and in particular the payment out of government funds of the costs of the Commission, including the costs of legal counsel. In general, with respect to solicitor-client privilege as between government institutions, the release of privileged information by one institution to another would not normally constitute a waiver as this action is internal to the government, the ultimate beneficiary of the privilege. That the Commission submitted its solicitors' accounts to the PCO for payment purposes could not be construed as a giving of the accounts to a third party, thereby constituting waiver of the privilege over the accounts. The reason the accounts were given to the PCO reflected the administrative arrangement between the Parker Commission as one department of government and the PCO as another for payment of the Commission's expenses. Therefore, solicitor-client privilege was not waived on the basis of disclosure to a third party.

Where a statute requires disclosure, no voluntariness is present and no implied waiver occurs. The Commissioner was required by Order in Council to file his papers and records with the Clerk of the Privy Council. Thus disclosure to the PCO was compulsory. If disclosure to the PCO could be construed as disclosure to a third party, such disclosure was compulsory and did not constitute waiver.

Inadvertent release does not necessarily constitute waiver. The inadvertent release of the account and the disbursement memo did not constitute waiver of solicitor-

En l'espèce, les relevés de services d'avocat portent directement sur les consultations juridiques. Ils sont protégés par le secret des communications entre client et avocat. La protection des consultations juridiques est une règle de fond, dont le champ d'application n'est pas censé varier selon qu'on l'invoque dans le cadre de la *Loi sur l'accès à l'information* ou dans quelque autre contexte. Les relevés de services d'avocat sont protégés dans le contexte de la *Loi sur l'accès à l'information* comme dans tout autre contexte.

Le client en l'espèce était le commissaire Parker. Les rapports client-avocat étaient ceux qui existaient entre le commissaire Parker et ses conseillers juridiques, et si le secret professionnel de ces rapports doit être invoqué, c'est au commissaire Parker qu'il appartient de le faire. Le témoignage par affidavit du conseiller juridique en second de la commission, selon lequel le commissaire lui a fait savoir qu'il ne renoncerait pas au secret professionnel protégeant les documents visés par la demande de consultation, est suffisant pour prouver que le commissaire a revendiqué ce secret et qu'il n'y renoncerait pas.

La commission Parker est un ministère sur le plan de l'administration financière et en particulier du règlement, au moyen des deniers publics, des dépenses de la commission, y compris les honoraires d'avocat. En ce qui concerne le secret des communications entre client et avocat, que transmet une institution fédérale à une autre, la règle générale est que la divulgation par une institution de renseignements protégés à une autre ne vaut normalement pas renonciation au secret, puisqu'il s'agit là d'une action interne au sein de l'administration, qui est en fin de compte le bénéficiaire de cette protection. Le fait que la commission ait soumis les relevés de services de ses conseillers juridiques au BCP pour paiement ne signifie pas communication de ces relevés à une tierce partie, qui vaudrait renonciation à leur protection. Ce fait résulte d'arrangements administratifs entre un ministère, qu'est la commission Parker, et un autre ministère, savoir le BCP, pour règlement des dépenses du premier. Il n'y a donc pas eu renonciation à la protection des communications entre client et avocat du fait de la divulgation à une tierce partie.

Lorsque la loi prévoit la divulgation, la volonté n'y a aucune part et il n'y a pas renonciation tacite. Le décret de nomination faisait au commissaire obligation de transmettre ses dossiers au greffier du Conseil privé. La divulgation au BCP était donc obligatoire. À supposer que la communication au BCP puisse être interprétée comme étant la communication à une tierce partie, elle était obligatoire et ne valait pas renonciation.

La divulgation par inadvertance ne vaut pas nécessairement renonciation. La divulgation par inadvertance du relevé de services et de la note de débours ne vaut pas

client privilege.

Generally, waiver of privilege as to part of a communication will be held to be waiver as to the entire communication. But there may be circumstances in which the disclosure of part of a communication does not constitute waiver of the whole. It is necessary to consider all the circumstances in determining whether a partial disclosure constitutes an attempt to mislead so that privilege over the entire document is lost. The PCO expurgated the narrative portions because its officials considered them to be subject to solicitor-client privilege, and disclosed the balance of the contents of the accounts because its officials believed (incorrectly) that it was not subject to solicitor-client privilege. In the context of disclosure under the *Access to Information Act*, the partial disclosure of privileged information cannot be taken as an attempt to cause unfairness between parties, or to mislead an applicant or a court, nor was there any indication that it would have that effect. The disclosure of portions of the solicitors' accounts did not constitute waiver of solicitor-client privilege.

The references in the schedule to the decision to section 23 and solicitor-client privilege demonstrated that two decisions were made: that the material was subject to solicitor-client privilege and not to disclose the information which was subject to solicitor-client privilege. There was explicit reference to section 23 being a "discretionary exemption" which lead to a reasonable inference that regard was had by the decision maker to section 23 and the fact that it contemplates a discretionary exemption. A discretionary decision not to disclose was made.

Absent a requirement by statute or regulation, a decision is not reviewable solely because of a failure to disclose reasons. Under section 23 of the Act, the Court is called upon only to determine whether the head of the government institution was authorized to refuse disclosure on the ground that the information sought was subject to solicitor-client privilege. The reason for such a refusal is self-evident in section 23 and nothing further is required. The decision of the PCO not to disclose did not require the giving of any further reasons than those contained in the decision. The discretion not to disclose was exercised in good faith and for the reason stated in section 23. It would be inappropriate to impose a general rule as to what the head of a government institution must consider in making a decision under the *Privacy Act* or the *Access to Information Act*. Rather the specific provision under which a decision is made and the circumstances of the case must be considered. Under section 23 all that need to

renonciation au secret des communications entre client et avocat.

En général, la renonciation au secret d'une partie de la communication sera tenue pour renonciation à l'égard de la communication tout entière. Il est cependant des circonstances où la divulgation d'une partie de la communication ne vaut pas renonciation à l'égard du tout. Il est nécessaire de prendre en considération toutes les circonstances pour savoir si une divulgation partielle constitue une tentative d'induire en erreur de telle façon que la protection soit anéantie pour le document tout entier. Le Bureau du Conseil privé a occulté les passages descriptifs parce que les fonctionnaires responsables les jugeaient protégés par le secret des communications entre client et avocat, et divulgué le restant du contenu des relevés en cause, parce que ces fonctionnaires les estimaient (à tort) exclus de cette protection. En matière de divulgation sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*, la divulgation partielle d'un renseignement protégé ne saurait représenter une tentative de désavantager une partie, ou d'induire en erreur le demandeur ou quelque juridiction que ce soit; d'ailleurs, rien n'indique qu'elle aurait cet effet. La divulgation de certaines parties des relevés de services d'avocat ne vaut pas renonciation au secret des communications entre client et avocat.

La mention, à l'annexe, du secret professionnel entre client et avocat que consacre l'article 23 démontre qu'il y a eu deux décisions: décision que les documents en question sont protégés par le secret des communications entre client et avocat, et décision de ne pas divulguer les renseignements tenus pour protégés par ce secret. La mention exprime que l'exemption fondée sur l'article 23 est une exemption discrétionnaire permet de conclure que l'autorité responsable s'est référée à l'article 23 et au fait qu'il prévoit l'exemption discrétionnaire. Le responsable a pris la décision discrétionnaire de ne pas communiquer les renseignements en question.

Sauf disposition dans ce sens de la loi ou du règlement applicable, une décision n'est pas susceptible de contrôle judiciaire du seul fait qu'elle n'est pas motivée. Dans le contexte de l'article 23 de la Loi, la Cour n'est appelée qu'à décider si le responsable de l'institution fédérale est habilité à refuser la communication par ce motif que le ou les renseignements demandés sont protégés par le secret des communications entre client et avocat. Le motif de décision ressort clairement de l'article 23, et il n'est pas nécessaire d'aller plus loin. En refusant de communiquer les renseignements en question, le BCP n'était pas tenu de donner d'autres motifs que ceux mentionnés dans sa décision. Le responsable a exercé son pouvoir discrétionnaire de refuser la communication de bonne foi et pour la raison visée à l'article 23. On ne saurait prescrire par une règle générale les facteurs que doit prendre en considération le chef d'une institution fédérale lorsqu'il rend une décision sous le régime de la *Loi sur la protection des*

be considered by the head of the government institution is whether to waive the right, in whole or in part, to maintain the confidentiality of information that is subject to solicitor-client privilege. That is what took place herein. There was no error in respect of the exercise of discretion by the Privy Council Office.

Counsel for the applicant's request for an order that the narrative portions of the accounts be disclosed to them so they could make submissions with regard to that material on an informed basis was refused because of the lateness of the application. Upon reviewing the confidential material it was not necessary to institute a process whereby the Court could receive submissions relating to specific material because the decision did not turn on the specific contents of the material.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 19(1), 23, 41, 50, 53.  
*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 34 (as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 13).  
*Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11, Part I.  
*Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1, s. 37.  
*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 19(1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27; [1969] C.T.C. 353; (1969), 69 DTC 5278; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *International Minerals & Chemicals Corp. (Canada) Ltd. et al. v. Commonwealth Insurance Co. et al.* (1991), 89 Sask. R. 1; 47 C.C.L.I. 196 (Q.B.); *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 1 F.C. 268; (1995), 102 F.T.R. 30 (T.D.); *Weiler v. Canada (Department of Justice)*, [1991] 3 F.C. 617; (1991), 37 C.P.R. (3d) 1; 46 F.T.R. 163

*renseignements personnels* ou de la *Loi sur l'accès à l'information*. Ce qu'il doit prendre en considération, c'est la disposition même en application de laquelle il rend la décision ainsi que les circonstances de l'affaire. Dans l'application de l'article 23, tout ce que le responsable de l'institution fédérale doit examiner, c'est s'il y a lieu de renoncer à tout ou partie du droit de préserver la confidentialité du renseignement protégé par le secret des communications entre client et avocat. C'est ce qui a été fait en l'espèce. Aucune erreur n'entache l'exercice par le Bureau du Conseil privé de son pouvoir discrétionnaire en la matière.

Les avocats du requérant ont demandé à la Cour d'ordonner la communication des passages descriptifs des relevés en question afin qu'ils puissent présenter des conclusions informées à ce sujet; la Cour n'a pas accédé à cette requête en raison de son introduction tardive. Après avoir revu les documents confidentiels, la Cour a jugé qu'il n'était pas nécessaire de fixer la procédure pour entendre les conclusions des avocats du requérant sur des renseignements spécifiques, puisque cette décision ne porte pas sur le contenu spécifique des documents demandés.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 19(1), 23, 41, 50, 53.  
*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).  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 19(1).  
*Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, partie I.  
*Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, art. 37.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 27; [1969] C.T.C. 353; (1969), 69 DTC 5278; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *International Minerals & Chemicals Corp. (Canada) Ltd. et al. v. Commonwealth Insurance Co. et al.* (1991), 89 Sask. R. 1; 47 C.C.L.I. 196 (B.R.); *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 1 C.F. 268; (1995), 102 F.T.R. 30 (1<sup>re</sup> inst.); *Weiler c. Canada (Ministère de la Justice)*, [1991] 3 C.F. 617; (1991), 37 C.P.R. (3d) 1; 46 F.T.R. 163 (1<sup>re</sup> inst.);

(T.D.); *Lowry v. Can. Mountain Holidays Ltd.* (1984), 59 B.C.L.R. 137 (S.C.); *Kelly v. Canada (Solicitor General)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54; 53 F.T.R. 147 (F.C.T.D.); affd (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 304; 154 N.R. 319 (F.C.A.).

## DISTINGUISHED:

*Professional Institute of the Public Service of Canada v. Canada (Director of the Canadian Museum of Nature)*, [1995] 3 F.C. 643; 63 C.P.R. (3d) 449; 102 F.T.R. 7 (T.D.); *Great Atlantic Insurance Co v Home Insurance Co*, [1981] 2 All ER 485 (C.A.).

## CONSIDERED:

*S. & K. Processors Ltd. v. Campbell Ave. Herring Producers Ltd.*, [1983] 4 W.W.R. 762; (1983), 45 B.C.L.R. 218; 35 C.P.C. 146 (S.C.).

## REFERRED TO:

*Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp., Re* (1983), 41 O.R. (2d) 328; 146 D.L.R. (3d) 73; 21 B.L.R. 37; 33 C.P.C. 270 (Div. Ct.); *Khoury v. Khoury* (1991), 122 N.B.R. (2d) 150; 306 A.P.R. 150 (Q.B.); *Law Society of Prince Edward Island v. Prince Edward Island (Attorney General)* (1994), 123 Nfld. & P.E.I.R. 217; 382 A.P.R. 217 (S.C.T.D.); *Russell & DuMoulin, Re* (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 265 (S.C.); *Ontario (Attorney General) v. Fineberg and Doe* (1996), 88 O.A.C. 318 (Div. Ct.); *Chant v. Brown* (1851), 9 Hare 790; 68 E.R. 735; *Turton v. Barber* (1874), L.R. 17 Eq. 329; *Mut. Life Assur. Co. of Can. v. Dep. A.G. of Can.* (1984), 42 C.P.C. 61; 84 DTC 6177 (Ont. H.C.); *Playfair Developments Ltd v D/MNR*, [1985] 1 CTC 302; (1985), 85 DTC 5155 (Ont. S.C.); *Taves (K.E.G.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 347 (B.C.S.C.); *R. v. Bencardino and de Carlo* (1974), 2 O.R. (2d) 351; 15 C.C.C. (2d) 342; 24 C.R.N.S. 173 (C.A.); *Nova Scotia Pharmaceutical Society et al. v. R.* (1988), 88 N.S.R. (2d) 70; 225 A.P.R. 70 (S.C.T.D.); *Ioannidis v. Ioannidis*, [1981] 4 W.W.R. 269; (1981), 27 B.C.L.R. 397; 22 R.F.L. (2d) 92 (C.A.); *Canada (Minister of Industry, Trade and Commerce) v. Central Cartage Company et al.* (1987), 10 F.T.R. 225 (F.C.T.D.); *Western Canada Invt. Co. Ltd. v. McDairmid* (1922), 15 Sask. L.R. 142; 66 D.L.R. 457; [1922] 1 W.W.R. 257 (C.A.); *Double-E, Inc. v. Positive Action Tool Western Ltd.*, [1989] 1 F.C. 163; (1988), 20 C.I.P.R. 109; 21 C.P.R. (3d) 195; 21 F.T.R. 121 (T.D.); *Terry v. Canada (Minister of National Defence)* (1994), 30 Admin. L.R. (2d) 122; 86 F.T.R. 266 (F.C.T.D.); *GE Capital Corporate Finance Group Ltd v Bankers Trust Co*, [1995] 2 All ER 993 (C.A.); *Power Consol. (China) Pulp Inc. v. B.C. Resources Invt. Corp.*, [1989] 2

*Lowry v. Can. Mountain Holidays Ltd.* (1984), 59 B.C.L.R. 137 (C.S.); *Kelly c. Canada (Solliciteur général)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54; 53 F.T.R. 147 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 304; 154 N.R. 319 (C.A.F.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Canada (Directeur du Musée canadien de la nature)*, [1995] 3 C.F. 643; 63 C.P.R. (3d) 449; 102 F.T.R. 7 (1<sup>re</sup> inst.); *Great Atlantic Insurance Co v Home Insurance Co*, [1981] 2 All ER 485 (C.A.).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*S. & K. Processors Ltd. v. Campbell Ave. Herring Producers Ltd.*, [1983] 4 W.W.R. 762; (1983), 45 B.C.L.R. 218; 35 C.P.C. 146 (C.S.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp., Re* (1983), 41 O.R. (2d) 328; 146 D.L.R. (3d) 73; 21 B.L.R. 37; 33 C.P.C. 270 (C. div.); *Khoury c. Khoury* (1991), 122 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 150; 306 A.P.R. 150 (B.R.); *Law Society of Prince Edward Island v. Prince Edward Island (Attorney General)* (1994), 123 Nfld. & P.E.I.R. 217; 382 A.P.R. 217 (C.S. 1<sup>re</sup> inst.); *Russell & DuMoulin, Re* (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 265 (C.S.); *Ontario (Attorney General) v. Fineberg and Doe* (1996), 88 O.A.C. 318 (C. div.); *Chant v. Brown* (1851), 9 Hare 790; 68 E.R. 735; *Turton v. Barber* (1874), L.R. 17 Eq. 329; *Mut. Life Assur. Co. of Can. v. Dep. A.G. of Can.* (1984), 42 C.P.C. 61; 84 DTC 6177 (H.C. Ont.); *Playfair Developments Ltd v D/MNR*, [1985] 1 CTC 302; (1985), 85 DTC 5155 (C.S. Ont.); *Taves (K.E.G.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 347 (C.S.C.-B.); *R. v. Bencardino and de Carlo* (1974), 2 O.R. (2d) 351; 15 C.C.C. (2d) 342; 24 C.R.N.S. 173 (C.A.); *Nova Scotia Pharmaceutical Society et al. v. R.* (1988), 88 N.S.R. (2d) 70; 225 A.P.R. 70 (C.S. 1<sup>re</sup> inst.); *Ioannidis v. Ioannidis*, [1981] 4 W.W.R. 269; (1981), 27 B.C.L.R. 397; 22 R.F.L. (2d) 92 (C.A.); *Canada (Ministre de l'Industrie et du Commerce) c. Central Cartage Company et autres* (1987), 10 F.T.R. 225 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Western Canada Invt. Co. Ltd. v. McDairmid* (1922), 15 Sask. L.R. 142; 66 D.L.R. 457; [1922] 1 W.W.R. 257 (C.A.); *Double-E, Inc. c. Positive Action Tool Western Ltd.*, [1989] 1 C.F. 163; (1988), 20 C.I.P.R. 109; 21 C.P.R. (3d) 195; 21 F.T.R. 121 (1<sup>re</sup> inst.); *Terry c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (1994), 30 Admin. L.R. (2d) 122; 86 F.T.R. 266 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *GE Capital Corporate Finance Group Ltd v Bankers Trust Co*, [1995] 2 All ER 993 (C.A.); *Power Consol. (China) Pulp Inc. v. B.C. Resources Invt. Corp.*,

W.W.R. 679; (1988), 32 B.C.L.R. (2d) 320 (C.A.); *Mackin v. New Brunswick (Attorney General)* (1996), 141 D.L.R. (4th) 352 (N.B.Q.B.T.D.); *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, [1993] 1 F.C. 427; (1992), 12 Admin. L.R. (2d) 81; 49 C.P.R. (3d) 79; 57 F.T.R. 180 (T.D.); *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1995] 3 F.C. 199; (1995), 124 D.L.R. (4th) 553; 181 N.R. 139 (C.A.); *Mackenzie v. Canada (Minister, Department of National Health & Welfare)* (1994), 31 Admin. L.R. (2d) 86; 59 C.P.R. (3d) 63; 88 F.T.R. 52 (F.C.T.D.); *Hunter v. Canada (Consumer and Corporate Affairs)*, [1991] 3 F.C. 186; (1991), 29 C.P.R. (3d) 321; 35 F.T.R. 75 (C.A.); *Steinhoff v. Canada (Minister of Communications)* (1996), 114 F.T.R. 108 (F.C.T.D.).

## AUTHORS CITED

Anthony, R. J. and A. R. Lucas. *A Handbook on the Conduct of Public Inquiries in Canada*. Toronto: Butterworths, 1985.

Canada. Commission of Inquiry into the Facts of Allegations of Conflict of Interest Concerning the Honourable Sinclair M. Stevens. *Report*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1987 (Commissioner: William D. Parker).

Manes, Ronald D. and Michael P. Silver. *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.

McNairn, Colin H. H. and C. D. Woodbury. *Government Information: Access and Privacy*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Sopinka, J. "The Role of Commission Counsel" in A. Paul Pross *et al.*, eds. *Commissions of Inquiry*. Toronto: Carswell, 1990.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*. McNaughton Revision, vol. 8. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPLICATION for judicial review of the refusal, based on solicitor-client privilege, to disclose portions of solicitors' accounts relating to a Commission of Inquiry into allegations of conflict of interest in respect of the applicant. Application dismissed.

## COUNSEL:

*Peter R. Jervis* and *Stephen G. A. Pitel* for applicant.  
*Claire A. Le Riche* for respondent.

[1989] 2 W.W.R. 679; (1988), 32 B.C.L.R. (2d) 320 (C.A.); *Mackin v. New Brunswick (Attorney General)* (1996), 141 D.L.R. (4th) 352 (B.R.N.-B. 1<sup>re</sup> inst.); *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; (1978), 12 A.R. 449; 89 D.L.R. (3d) 161; 7 Alta. L.R. (2d) 370; 23 N.R. 565; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)*, [1993] 1 C.F. 427; (1992), 12 Admin. L.R. (2d) 81; 49 C.P.R. (3d) 79; 57 F.T.R. 180 (1<sup>re</sup> inst.); *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1995] 3 C.F. 199; (1995), 124 D.L.R. (4th) 553; 181 N.R. 139 (C.A.); *Mackenzie c. Canada (Ministre, Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 31 Admin. L.R. (2d) 86; 59 C.P.R. (3d) 63; 88 F.T.R. 52 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Hunter c. Canada (Ministère des Consommateurs et des Sociétés)*, [1991] 3 C.F. 186; (1991), 29 C.P.R. (3d) 321; 35 F.T.R. 75 (C.A.); *Steinhoff c. Canada (Ministre des Communications)* (1996), 114 F.T.R. 108 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE

Anthony, R. J. and A. R. Lucas. *A Handbook on the Conduct of Public Inquiries in Canada*. Toronto: Butterworths, 1985.

Canada. Commission d'enquête sur les faits reliés à des allégations de conflit d'intérêts concernant l'honorable Sinclair Stevens. *Rapport*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1987 (Commissaire: William D. Parker).

Manes, Ronald D. and Michael P. Silver. *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.

McNairn, Colin H. H. and C. D. Woodbury. *Government Information: Access and Privacy*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Sopinka, J. «The Role of Commission Counsel» in A. Paul Pross *et al.*, eds. *Commissions of Inquiry*. Toronto: Carswell, 1990.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*. McNaughton Revision, vol. 8. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

DEMANDE de contrôle judiciaire du refus, fondé sur le secret des communications entre client et avocat, de communiquer des parties des relevés de services d'avocats relatifs à une commission d'enquête sur des allégations de conflit d'intérêts concernant le requérant. Demande rejetée.

## AVOCATS:

*Peter R. Jervis* et *Stephen G. A. Pitel* pour le requérant.  
*Claire A. Le Riche* pour l'intimé.

## SOLICITORS:

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

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

## PROCUREURS:

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

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

1 ROTHSTEIN J.: This is an application under section 41 of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, for a review of a decision of the Information Commissioner. The applicant has sought from the Privy Council Office:

All legal accounts submitted by and cheque requisitions or authorizations, subsequent to February 15th, 1987, until the present, [December 9, 1992], for David W. Scott of Scott and Ayles; Edward P. Belobaba of Gowling and Henderson; and Marlys Edwardh of Ruby and Edwardh relating to the Commission of Inquiry into Allegations of Conflict of Interest Concerning the Honourable Sinclair M. Stevens which commenced on Monday, June 16th, 1986, and is sometimes referred to as the Parker Commission.

2 The applicant was provided with approximately 336 pages of legal accounts, receipts and other related documents. Typically the legal accounts showed the names of the lawyers providing the services rendered, the dates on which the services were rendered, and the time spent each day. Disbursements were listed in detail. However, the narrative portions on 73 pages of the disclosed accounts were expurgated on the basis of solicitor-client privilege.<sup>1</sup> Section 23 of the *Access to Information Act* provides:

23. The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information that is subject to solicitor-client privilege.

3 It is the refusal to disclose the narrative portions of the statements of account that gives rise to this application. The applicant submits:

1 LE JUGE ROTHSTEIN: Il y a en l'espèce demande introduite sous le régime de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, et tendant au contrôle judiciaire d'une décision du Commissaire à l'information. Le requérant avait demandé au Bureau du Conseil privé de lui communiquer:

[TRADUCTION] Tous les relevés de services d'avocat soumis après le 15 février 1987 jusqu'à cette date [le 9 décembre 1992] par David W. Scott du cabinet Scott et Ayles, par Edward P. Belobaba du cabinet Gowling et Henderson, et par Marlys Edwardh du cabinet Ruby et Edwardh, ainsi que toutes les demandes et autorisations de chèque y afférentes, dans le cadre de la Commission d'enquête sur les allégations de conflit d'intérêts concernant M. Sinclair Stevens, laquelle commission, qui a commencé ses travaux le lundi 16 juin 1986, et parfois appelée Commission Parker.

2 Le requérant s'est vu communiquer quelque 336 pages de relevés de services d'avocat, de reçus et autres pièces connexes. Dans l'ensemble, ces relevés donnent le nom de l'avocat qui a effectué le service, la date de ce service et le temps que cet avocat y a consacré chaque jour. Les débours sont indiqués en détail. Cependant, les passages descriptifs de 73 pages de relevés mis à la disposition du requérant ont été occultés pour cause de secret des communications entre client et avocat<sup>1</sup>. L'article 23 de la *Loi sur l'accès à l'information* prévoit ce qui suit:

23. Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client.

3 C'est le refus de communiquer les passages descriptifs des relevés susmentionnés qui donne lieu à la présente demande. Le requérant invoque les moyens suivants:

1. The narrative portions of the statements of account are not subject to solicitor-client privilege and they should be disclosed;

2. Alternatively, even if the narrative portions of the statements of account are privileged, the respondent waived privilege and they should be disclosed; and,

3. Alternatively, the head of the Privy Council Office did not exercise discretion in accordance with the *Access to Information Act*, and the matter should be remitted for redetermination.

#### Privilege

4 Section 2 of the *Access to Information Act* provides that, in principle, government information should be available to the public. Necessary exceptions to a person's right of access should be limited and specific. The applicant submits that these principles require the Court to narrowly construe the solicitor-client privilege claimed under section 23 of the Act.

5 The Act does not define "solicitor-client privilege". In access cases, the courts have resorted to the common law definition arising from a substantial, though somewhat mixed, body of law. The applicant relies on a line of cases which he says stands for the proposition that solicitors' accounts are not privileged at common law. He says that a distinction must be drawn between the seeking and obtaining of legal advice, which is privileged, and actions or records pertaining to actions of lawyers (presumably what the narratives of a solicitor's account would disclose), which are not privileged. See, for example, *Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp., Re* (1983), 41 O.R. (2d) 328 (Div. Ct.); *Khoury v. Khoury* (1991), 122 N.B.R. (2d) 150 (Q.B.); *Law Society of Prince Edward Island v. Prince Edward Island (Attorney General)* (1994), 123 Nfld. & P.E.I.R. 217 (S.C.T.D.); and *Russell & DuMoulin, Re* (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 265 (S.C.).

1. Les passages descriptifs des relevés de services d'avocat ne sont pas protégés par le secret des communications entre client et avocat, et doivent être communiqués;

2. Subsidiairement, quand bien même ces passages descriptifs seraient protégés, l'intimé a renoncé à cette protection et ils doivent être communiqués; et

3. Subsidiairement, le responsable du Bureau du Conseil privé n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire conformément à la *Loi sur l'accès à l'information*; il faut donc lui renvoyer l'affaire pour réexamen.

#### Secret professionnel

4 L'article 2 de la *Loi sur l'accès à l'information* prévoit qu'en principe, les documents de l'administration fédérale sont accessibles au public. Les exceptions nécessaires au droit d'accès doivent être précises et limitées. Selon le requérant, ces principes font que la Cour doit interpréter de façon limitative le droit à la protection des communications entre client et avocat, revendiqué au titre de l'article 23 de la Loi.

5 Cette Loi ne définit pas le «secret professionnel qui lie un avocat à son client». Dans les affaires d'accès à l'information, les juridictions saisies ont eu recours à la définition qui se dégage en common law d'un corps de droit substantiel, encore que parfois incertain. Le requérant s'appuie sur un courant jurisprudentiel pour soutenir que le relevé de services d'avocat n'est pas protégé en common law, et qu'il faut distinguer entre la consultation juridique, qui est protégée, et les actes accomplis par les avocats et les relevés relatifs à ces actes (que les passages descriptifs de ces relevés sont censés divulguer), qui ne le sont pas: *Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp., Re* (1983), 41 O.R. (2d) 328 (C. div.); *Khoury c. Khoury* (1991), 122 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 150 (B.R.); *Law Society of Prince Edward Island v. Prince Edward Island (Attorney General)* (1994), 123 Nfld. & P.E.I.R. 217 (C.S. 1<sup>re</sup> inst.); et *Russell & DuMoulin, Re* (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 265 (C.S.).

6 Applicant's counsel says at most it is necessary for the Court to review the accounts to see if they contain legal advice. He concedes that if they do (though he believes this unlikely), only those portions would be subject to solicitor-client privilege. Finally, on this point he refers to order P-624, appeal P-9300242 February 8, 1994 and order P-676, appeal P-9300343 May 11, 1994 of the Information and Privacy Commissioner of Ontario.<sup>2</sup> In those decisions, the Commissioner points out that the common law position on whether legal accounts, in whole or in part, are subject to solicitor-client privilege is unclear. The approach adopted by the Information and Privacy Commissioner of Ontario is stated at page 7 of order P-676:

... for a legal account to qualify for exemption under section 19 of the Act, its content must relate in a direct and tangible way to the seeking, formulating or provision of legal advice.

From a practical perspective, the test will be satisfied where the disclosure of information contained in the account would reveal the subject(s) for which legal advice was sought, the strategy used to address the issues raised, the particulars of any legal advice provided or the outcome of these investigations. This approach reflects the fact that some information contained in a legal account may relate to the seeking, formulation or provision of legal advice, but also allows the principle of severance to be applied to the record in a predictable fashion.

7 Another line of authority takes a comprehensive view of solicitor-client privilege. In a seminal case on this point in the Exchequer Court, *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27, two principles were laid out, one arising from the confidential nature of the relationship between solicitor and client, and the other arising in respect of the preparation of a lawyer's brief for litigation. It is the former principle that concerns us here, as stated at page 33:

- (a) all communications, verbal or written, of a confidential character, between a client and a legal adviser directly related to the seeking, formulating or giving

6 Les avocats du requérant soutiennent que la Cour aura tout au plus à examiner les relevés en question pour voir s'ils renferment des consultations juridiques. Si tel est le cas (ce qui est peu probable à leur avis), seuls ces passages sont protégés par le secret professionnel. Toujours à ce propos, ils citent enfin l'ordonnance P-624, appel P-9300242, en date du 8 février 1984, et l'ordonnance P-676, appel P-9300343 en date du 11 mai 1994 du Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario<sup>2</sup>, d'où il ressort que la règle de common law n'est pas claire pour ce qui est de savoir si les relevés de services d'avocat jouissent, en tout ou en partie, de la protection des communications entre client et avocat. Le cheminement suivi par le Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario est expliqué comme suit à la page 7 de l'ordonnance P-676:

[TRADUCTION] ... un relevé de services d'avocat ne jouit de l'exemption de l'article 19 de la Loi que si son contenu se rapporte directement et de façon tangible à une ou des consultations juridiques.

Du point de vue pratique, cette condition est remplie si la divulgation de l'information contenue dans le relevé dévoile le ou les sujets sur lesquels il y a eu consultation, la stratégie utilisée à l'égard des questions à résoudre, les détails de la consultation donnée ou l'issue de ces investigations. Cette conception s'explique du fait que certains renseignements renfermés dans le relevé de services peuvent se rattacher à la consultation juridique; elle permet aussi l'application méthodique du principe de divisibilité du dossier.

7 Une autre tendance jurisprudentielle présente une conception exhaustive du secret des communications entre client et avocat. Dans un arrêt de la Cour de l'Échiquier qui fait école en la matière, *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 27, deux principes ont été posés, l'un touchant à la nature confidentielle des rapports entre l'avocat et son client, l'autre à la préparation des conclusions de l'avocat dans le cadre du litige. Le premier principe, qui nous intéresse en l'espèce, est défini à la page 33 en ces termes:

[TRADUCTION]

- a) toutes communications de caractère confidentiel, orales ou écrites, entre le client et l'avocat et qui se rapportent aux consultations, conseils et services



of legal advice or legal assistance (including the legal adviser's working papers, directly related thereto) are privileged . . . .

juridiques (y compris les notes y afférentes de l'avocat) sont protégées. . .

- 8 Solicitor-client privilege was affirmed as a substantive and not merely an evidentiary rule by the Supreme Court of Canada in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at page 839:

Le secret des communications entre client et avocat est tenu pour règle de fond, et non seulement cantonné dans le domaine des règles de preuve, par la Cour suprême du Canada dans *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la page 839:

One may depart from the current concept of privilege and approach the case on the broader basis that . . . the right to communicate in confidence with one's legal adviser is a fundamental civil and legal right, founded upon the unique relationship of solicitor and client . . . .

On peut s'écarter de la notion actuelle du privilège et aborder l'affaire dans une optique plus large, savoir, . . . le droit de communiquer en confidence avec son conseiller juridique est un droit civil fondamental, fondé sur la relation exceptionnelle de l'avocat avec son client . . . .

- 9 In *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, Lamer J. (as he then was) expanded on the nature of the privilege as a substantive right. He approved of the approach taken by Wigmore (Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8, paragraph 2292), at pages 872-873:

Dans *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, le juge Lamer (actuellement juge en chef) a développé, aux pages 872 et 873, la conception du secret professionnel en tant que droit. Il a approuvé la démarche suivie par Wigmore (Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, révision McNaughton, vol. 8, paragraphe 2292), telle qu'elle s'exprime en ces termes, aux pages 872 et 873:

*Where legal advice of any kind is sought from a professional legal adviser in his capacity as such, the communications relating to that purpose, made in confidence by the client, are at his instance permanently protected from disclosure by himself or by the legal adviser, except the protection be waived.*

[TRADUCTION] *Les communications faites par le client qui consulte un conseiller juridique es qualité, voulues confidentielles par le client, et qui ont pour fin d'obtenir un avis juridique font l'objet à son instance d'une protection permanente contre toute divulgation par le client ou le conseiller juridique, sous réserve de la renonciation à cette protection.*

- 10 Lamer J. went on to formulate the substantive rule for solicitor-client privilege, at page 875:

Le juge Lamer a ensuite défini comme suit, à la page 875, la règle de fond régissant le secret des communications entre client et avocat:

1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent.
2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality.
3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not

1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client;
2. À moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité;
3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir

interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.

4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively. [Emphasis added.]

11 It can be inferred from this expression of the right, that solicitor-client privilege should tend to be treated comprehensively rather than restrictively.<sup>3</sup> Conflict between the right to disclosure and the right to keep communications between solicitor and client confidential should be decided in favour of confidentiality. The right to keep such information confidential is to be maintained unless interference with it is “absolutely necessary”. Halvorson J. reiterated the point in *International Minerals & Chemicals Corp. (Canada) Ltd. et al. v. Commonwealth Insurance Co. et al.* (1991), 89 Sask. R. 1 (Q.B.) [at page 8]:

To engage solicitor-client privilege, it must be shown that the communication or document was made confidentially for the purpose of legal advice. Those objectives must be construed broadly. Where there is a continuum of communications and meetings between the solicitor and client, and information is passed by the solicitor or client to the other as part of the continuum aimed at keeping both informed so that advice may be sought and given as required, the privilege will attach to those communications and documents . . . .<sup>4</sup> [Emphasis added.]

12 *Descôteaux* is also instructive in respect of the types of communications and documents included within the scope of solicitor-client privilege because it involved the disclosure of a legal aid application. There is no implication that the legal aid application contained legal advice. Indeed, it would appear to have contained information about the client’s ability to pay. Lamer J. held, at pages 876-877:

The items of information that a lawyer requires from a person in order to decide if he will agree to advise or represent him are just as much communications made in order to obtain legal advice as any information communicated to him subsequently.

13 The implication again is that solicitor-client privilege is to be construed broadly in terms of the types

doivent être déterminés en regard d’un souci de n’y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante;

4. La loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement. [Non souligné dans l’original.]

11 On peut conclure de cette formulation du droit en question qu’il y a lieu de concevoir le secret des communications entre client et avocat de façon libérale, et non pas restrictive<sup>3</sup>. Le conflit entre le droit à la divulgation et le droit au secret des communications entre client et avocat doit être résolu en faveur du second. Celui-ci doit être préservé à moins qu’il ne soit «absolument nécessaire» d’y porter atteinte. C’est ce qu’a rappelé le juge Halvorson dans *International Minerals & Chemicals Corp. (Canada) Ltd. et al. v. Commonwealth Insurance Co. et al.* (1991), 89 Sask. R. 1 (B.R.) [à la page 8]:

[TRADUCTION] Pour revendiquer la protection des communications entre client et avocat, il faut prouver que la communication a été faite ou le document établi en vue d’une consultation juridique. Cet objectif doit être interprété de façon libérale. Dans le cas où il y a un continuum de communications ou de rencontres entre l’avocat et le client, et que des informations passent de l’un à l’autre afin que les deux soient tenus au courant et que la consultation soit de ce fait possible, ces communications et documents seront protégés<sup>4</sup>. . . [Non souligné dans l’original.]

12 L’arrêt *Descôteaux* nous éclaire également sur les types de communications et de documents protégés par le secret des communications entre client et avocat, parce qu’il y est question de la divulgation d’une demande d’aide juridique. Personne ne dit que pareille demande renferme une consultation juridique. En fait, elle renseigne sur l’aptitude du client à payer. Le juge Lamer a conclu en ces termes, aux pages 876 et 877:

Les renseignements que requiert un avocat d’une personne pour décider s’il acceptera de la conseiller ou de la représenter sont tout autant de communications faites dans le but d’obtenir un avis juridique que ceux qui lui seront communiqués après.

13 Ce qui signifie, là encore, qu’il faut interpréter de façon libérale le secret professionnel en question

of documents and information that it covers. More specifically, there is a line of authorities that holds, contrary to the cases argued by the applicant, that legal accounts or bills of costs fall within the protection of solicitor-client privilege. See: *Chant v. Brown* (1851), 9 Hare 790; 68 E.R. 735; *Turton v. Barber* (1874), L.R. 17 Eq. 329; *Mut. Life Assur. Co. of Can. v. Dep. A.G. of Can.* (1984), 42 C.P.C. 61 (Ont. H.C.); *Playfair Developments Ltd v D/MNR*, [1985] 1 CTC 302 (Ont. S.C.); *Taves (K.E.G.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 347 (B.C.S.C.). In my view, this line of authority is underlaid by the substantive rule of solicitor-client privilege formulated by the Supreme Court of Canada in *Descôteaux* and the *dicta* of the Exchequer Court in *Susan Hosiery*. Therefore, in this case, solicitors' accounts are directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice or assistance. They are protected by solicitor-client privilege.

- 14 The applicant argued that, to the extent that the solicitor-client privilege could be construed narrowly or broadly, in cases involving the *Access to Information Act*, section 2 of the Act indicates that the narrow interpretation should be preferred. I cannot accept this approach. Solicitor-client privilege is a substantive rule of law, and its breadth is not meant to vary depending on whether it is invoked for the purposes of the *Access to Information Act* or in some other context. More specifically, in my view of the law, solicitors' accounts are privileged, and this would apply under the *Access to Information Act* as well as other contexts.

#### Waiver

- 15 The applicant says that if solicitor-client privilege does apply to the narrative portions of solicitors' accounts, privilege has been waived in this case. First, he says that if privilege existed it was between counsel and Commissioner Parker who conducted an independent commission of inquiry [Commission of Inquiry into the Facts of Allegations of Conflict of

pour ce qui est des types de documents ou de renseignements qu'il protège. Plus spécifiquement, il ressort d'un courant jurisprudentiel, contraire aux précédents cités par le requérant, que les relevés de services d'avocat ou les mémoires de frais sont protégés; voir *Chant v. Brown* (1851), 9 Hare 790; 68 E.R. 735; *Turton v. Barber* (1874), L.R. 17 Eq. 329; *Mut. Life Assur. Co. of Can. v. Dep. A.G. of Can.* (1984), 42 C.P.C. 61 (H.C. Ont.); *Playfair Developments Ltd v D/MNR*, [1985] 1 CTC 302 (C.S. Ont.); *Taves (K.E.G.) v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 347 (C.S.C.-B.). À mon avis, cette jurisprudence est dans le droit fil de la règle de fond régissant le secret des communications entre client et avocat, qu'ont définie la Cour suprême du Canada dans *Descôteaux* et la Cour de l'Échiquier par son observation incidente dans *Susan Hosiery*. En l'espèce donc, les relevés de services d'avocat portent directement sur les consultations, conseils et services juridiques, et sont protégés par le secret des communications entre client et avocat.

- 14 Le requérant soutient que dans la mesure où le secret des consultations juridiques se prête à une interprétation à la fois restrictive et libérale, dans les affaires soumises à la *Loi sur l'accès à l'information*, l'article 2 de cette Loi prescrit qu'il faut préférer l'interprétation restrictive. Je ne peux en convenir. La protection des consultations juridiques est une règle de fond, dont le champ d'application n'est pas censé varier selon qu'on l'invoque dans le cadre de la *Loi sur l'accès à l'information* ou dans quelque autre contexte. Plus spécifiquement, j'interprète la règle de droit comme posant que les relevés de services d'avocat sont protégés, et cette règle s'applique dans le contexte de la *Loi sur l'accès à l'information* comme dans tout autre contexte.

#### Renonciation

- 15 Le requérant soutient que quand bien même le secret des communications entre client et avocat s'étendrait aux passages descriptifs des relevés de services d'avocat, l'intimé y a renoncé. En premier lieu, dit-il, à supposer que ce droit soit en jeu en l'espèce, il porte sur les communications entre le commissaire Parker qui présidait une commission

Interest Concerning the Honourable Sinclair M. Stevens]. When the solicitors' accounts were sent by Commissioner Parker to the Privy Council Office they were disclosed to a third party which constitutes waiver. Second, he says that the type of information included in the narrative which the respondent does not wish to disclose has already been disclosed. For example, one complete account without deletions was disclosed outlining the nature of the services performed. In another case, a telephone record indicating the person with whom counsel spoke was disclosed. The applicant says that this constitutes partial waiver and on the principles of consistency and fairness all the privileged material must now be disclosed. Third, the applicant says the disclosure of those portions of the accounts comprising the names of the lawyers providing the services rendered, the dates on which the services were rendered, and the time spent each day, constitute partial waiver, and again this dictates that the accounts must be disclosed in their entirety.

16 The applicant's submissions raise a number of questions:

1. Who are the parties to the solicitor-client relationship that gives rise to the right of privilege? Initially, during counsel's argument, there was some doubt as to whether the Privy Council Office was party to the solicitor-client relationship. However, I think it is clear from the evidence, including the solicitors' accounts, that Commissioner Parker was the client and not the Privy Council Office. In the course of the hearing, the respondent took the position that Commissioner Parker was the client, and indeed, the applicant did not dispute this position. This is in keeping with the status of commission counsel in general, as observed by Sopinka J. "The Role of Commission Counsel" in *Commissions of Inquiry*, at page 77:

Although the jurisprudence is sparse with respect to the legal status of commission counsel, there is general agreement that he is the commissioner's counsel. His conduct must be governed at all times with this in mind.

d'enquête indépendante [Commission d'enquête sur les faits reliés à des allégations de conflit d'intérêts concernant l'honorable Sinclair M. Stevens] et ses conseillers juridiques. Le fait que le commissaire Parker envoie ces relevés au Bureau du Conseil privé signifie qu'ils ont été divulgués à une tierce partie, ce qui constitue une renonciation au droit. En deuxième lieu, le type de renseignements inclus dans les passages descriptifs que l'intimé ne tient pas à communiquer a été déjà divulgué. Par exemple, un relevé complet dont rien n'a été occulté a été divulgué qui indique la nature des services effectués. Dans un autre cas, un relevé téléphonique donnant le nom de l'interlocuteur de l'avocat a été communiqué. Selon le requérant, cela vaut renonciation partielle et, de ce fait, les principes de cohérence et d'équité exigent que tous les documents protégés soient divulgués maintenant. Enfin, la divulgation des passages des relevés où figure le nom de l'avocat effectuant les services, les dates où il les a effectués, et le temps qu'il y a consacré chaque jour, constitue une renonciation partielle, et là encore, cela exige que les relevés soient intégralement divulgués.

Les arguments du requérant soulèvent un certain nombre de questions:

1. Quelles sont les parties aux communications entre client et avocat dont le secret a été revendiqué? Initialement, durant les débats, il y avait quelque doute sur la question de savoir si le Bureau du Conseil privé était une partie aux rapports entre client et avocat en question. Il ressort cependant des preuves produites, y compris les relevés de services d'avocat en cause, que le client en l'espèce était le commissaire Parker et non le Bureau du Conseil privé. À l'audience, l'intimé a fait valoir que le client était le commissaire Parker, ce que ne contestait pas le requérant. Cette position est conforme au statut des conseillers juridiques de commission d'enquête en général, ainsi que l'a fait observer le juge Sopinka dans «The Role of Commission Counsel» dans *Commissions of Inquiry*, à la page 77:

[TRADUCTION] Bien que la jurisprudence n'ait guère défini le statut juridique du conseiller juridique de commission d'enquête, il est généralement reconnu qu'il est le conseiller juridique du commissaire, et c'est cette conception qui doit caractériser ses moindres faits et gestes.

17 I am satisfied that the solicitor-client relationship was between counsel and Commissioner Parker, and if solicitor-client privilege was to be invoked, it was for Commissioner Parker to do so.

2. Is there evidence that privilege was claimed? The applicant submits that there is no direct evidence from Commissioner Parker of his claim for privilege. The only evidence that Commissioner Parker claimed privilege is in the affidavit of Peter Doody, assistant counsel to the Commission. Paragraphs 3, 4 and 5 of his affidavit state:

3. In August, 1989, I was made aware by the Information Commissioner of a request under the Access to Information Act for documents from the Privy Council Office relating to the Commission. I understood the request to be for legal accounts submitted by Commission Counsel, David Scott, Marlys Edwardh and Edward Belobaba, in respect of their work for the Commission.

4. In September 1989, I consulted with the Honourable W.D. Parker by telephone on this request and was instructed by him that he would not waive his solicitor-client privilege over the material to which access was sought. By letter dated September 8, 1989, I so advised the Information Commissioner.

5. These instructions have remained unchanged.

18 Applicant's counsel says that the evidence given by Mr. Doody is hearsay, and that while his affidavit is admissible to show that Commissioner Parker made the statement, it is not admissible to prove the truth of the statement. Here, no issue arises as to the truth of the statement. The concern is not that Mr. Doody is recounting what Commissioner Parker said about some factual occurrence. The question is simply whether Commissioner Parker claimed solicitor-client privilege and whether he would waive it. I consider Mr. Doody's affidavit sufficient to prove that Commissioner Parker claimed solicitor-client privilege and that he would not waive it.

17 Je conclus qu'en l'espèce, les rapports client-avocat étaient ceux qui existaient entre le commissaire Parker et ses conseillers juridiques, et que si le secret professionnel de ces rapports doit être invoqué, c'est au commissaire Parker qu'il appartient de le faire.

2. A-t-on la preuve que le secret professionnel a été revendiqué? Le requérant soutient qu'il n'y a aucune indication directe de la part du commissaire Parker qu'il revendiquait ce secret. La seule preuve à cet effet se trouve dans l'affidavit de Peter Doody, le conseiller juridique en second de la Commission. Voici ce qu'on peut lire aux paragraphes 3, 4 et 5 de cet affidavit:

[TRADUCTION] 3. En août 1989, j'ai appris du Commissaire à l'information qu'il y avait une demande, faite sous le régime de la Loi sur l'accès à l'information, de consultation de documents du Bureau du Conseil privé, relatifs à la Commission. Et que cette demande visait les relevés de services soumis par les conseillers juridiques de la Commission, David Scott, Marlys Edwardh et Edward Belobaba, dans le cadre du travail qu'ils faisaient pour celle-ci.

4. En septembre 1989, j'en ai parlé par téléphone avec l'honorable W.D. Parker, qui m'a fait savoir qu'il ne renoncerait pas au secret professionnel pour ce qui est des documents visés par la demande de consultation. Par lettre en date du 8 septembre 1989, j'en ai informé le Commissaire à l'information.

5. Ces instructions sont demeurées inchangées.

18 Les avocats du requérant soutiennent que le témoignage de M. Doody constitue du ouï-dire et que, si son affidavit est admissible pour prouver que le commissaire Parker a tenu ces propos, il n'est pas admissible pour faire foi de leur véracité. En l'espèce, la véracité de ces propos n'est pas en cause. Le problème n'est pas que M. Doody rapporte ce que le commissaire Parker a dit au sujet de certains faits qui se seraient produits. La question qui se pose est tout simplement de savoir si celui-ci revendique le secret des communications entre client et avocat et s'il y aurait renoncé. Je considère que l'affidavit de M. Doody est suffisant pour prouver que le commissaire Parker a revendiqué ce secret et qu'il n'y renoncerait pas.

3. What is the relationship between Commissioner Parker and the Privy Council Office? The evidence is that the accounts in question were submitted to the Parker Commission. It appears that they were then forwarded to the Privy Council Office for payment. If the Privy Council Office is a third party, then disclosure to that third party would constitute a waiver of the solicitor-client privilege. The principle of waiver as a result of disclosure to a third party has been stated by Manes and Silver in *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law* (Markham, Ont.: Butterworths, 1993), at page 207:

In essence, where the client authorizes the solicitor to reveal a solicitor-client communication, either it was never made with the intention of confidentiality or the client has waived the right to confidentiality. In either case, there is no intention of confidentiality and no privilege attaches. For example, it has been held that documents prepared with the intention that they would be communicated to a third party, or where on their face they are addressed to a third party, are not privileged.

See also: *R. v. Bencardino and de Carlo* (1974), 2 O.R. (2d) 351 (C.A.); *Nova Scotia Pharmaceutical Society et al. v. R.* (1988), 88 N.S.R. (2d) 70 (S.C.T.D.), at pages 72-75; and *Ioannidis v. Ioannidis*, [1981] 4 W.W.R. 269 (B.C.C.A.), at page 271.

19 The respondent claims that the Privy Council Office is not a third party on the basis that the Parker Commission and the Privy Council Office are both government departments, and such disclosure between them is not disclosure to a third party.

20 Two orders in council were made in respect of the Parker Commission. The first, Order in Council P.C. 1986-1139, authorized Chief Justice Parker under section 37 of the *Judges Act*, R.S.C. 1970, c. J-1 [now R.S.C., 1985, c. J-1], and Part I of the *Inquiries Act*, R.S.C. 1970, c. I-13 [now R.S.C., 1985, c. I-11], to inquire into and report on the facts following allegations of conflict of interest with respect to the applicant. In this Order in Council, it was provided for the Commissioner:

(b) to engage the services of such staff and counsel as he may consider necessary or advisable, at such rates

3. Quelle est la nature des rapports entre le commissaire Parker et le Bureau du Conseil privé? Selon les preuves administrées, les relevés en question ont été soumis à la Commission Parker, qui les a ensuite transmis au Bureau du Conseil privé pour paiement. Si celui-ci est une tierce partie, la divulgation à cette tierce partie vaut renonciation à la protection des communications entre client et avocat. Ce principe de la renonciation par suite de la divulgation à une tierce partie a été expliqué par Manes et Silver dans *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law* (Markham, Ont.: Butterworths, 1993), à la page 207:

[TRADUCTION] Essentiellement, lorsque le client autorise son avocat à révéler une communication entre les deux, cela signifie soit que cette communication n'a pas été faite en confidence soit que le client a renoncé à son droit à la confidentialité. Dans les deux cas, il n'y a pas volonté de confidentialité, il n'y a donc pas protection. Par exemple, il a été jugé que les documents établis en vue d'être communiqués à une tierce partie, ou qui sont manifestement adressés à une tierce partie, ne sont pas protégés.

Voir aussi *R. v. Bencardino and de Carlo* (1974), 2 O.R. (2d) 351 (C.A.); *Nova Scotia Pharmaceutical Society et al. v. R.* (1988), 88 N.S.R. (2d) 70 (C.S. 1<sup>re</sup> inst.), aux pages 72 à 75; et *Ioannidis v. Ioannidis*, [1981] 4 W.W.R. 269 (C.A.C.-B.), à la page 271.

L'intimé soutient que le Bureau du Conseil privé n'est pas une tierce partie, du fait que la Commission Parker et celui-ci sont tous deux des organismes gouvernementaux, et que la divulgation susmentionnée de l'une à l'autre ne vaut pas divulgation à une tierce partie. 19

Il y a deux décrets concernant la Commission Parker. Le premier, C.P. 1986-1139, autorisait, en application de l'article 37 de la *Loi sur les juges*, S.R.C. 1970, ch. J-1 [maintenant L.R.C. (1985), ch. J-1], et de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*, S.R.C. 1970, ch. I-13 [maintenant L.R.C. (1985), ch. I-11], le juge en chef Parker à enquêter, pour en rendre compte, sur les faits reliés à des allégations de conflit d'intérêts concernant le requérant. Ce décret habilitait le commissaire: 20

(b) à recourir à des avocats ou à toute autre personne dont la contribution lui paraîtra essentielle ou souhai-

of remuneration and reimbursement as may be approved by the Treasury Board;

table, le traitement et les indemnités à verser auxdites personnes devant d'abord être approuvés par le Conseil du Trésor;

...

...

The Committee do further advise that the Commissioner be directed to submit a report in both official languages to the Governor in Council as soon as possible, and to file his papers and records with the Clerk of the Privy Council as soon as reasonably may be after the conclusion of the inquiry. [Emphasis added.]

Le Comité recommande enfin qu'il soit enjoint au commissaire de soumettre dès que possible au gouverneur en conseil un rapport dans les deux langues officielles, et de transmettre ses dossiers au greffier du Conseil privé, dans un délai raisonnable, une fois que l'enquête sera terminée. [Non souligné dans l'original.]

21 The second, Order in Council P.C. 1986-1362, provided that for the purposes of the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1970, c. F-10 [now R.S.C., 1985, c. F-11], the Parker Commission was designated as a government department:

Le second décret, C.P. 1986-1362, prévoyait qu'au regard de la *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, ch. F-10 [maintenant *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11], la Commission Parker avait statut de ministère: 21

- (a) pursuant to paragraph (b) of the definition "department" in section 2 of the *Financial Administration Act*, to designate the *Commission of Inquiry into the Facts of Allegations of Conflict of Interest Concerning the Honourable Sinclair M. Stevens* as a department for the purposes of the *Financial Administration Act*; and
- (b) pursuant to paragraph (b) of the definition "appropriate Minister" in section 2 of the *Financial Administration Act*, to designate the Prime Minister as the appropriate Minister with respect to the *Commission of Inquiry into the Facts of Allegations of Conflict of Interest Concerning the Honourable Sinclair M. Stevens*.

- a) en vertu de l'alinéa b) de la définition de «ministère» à l'article 2 de la *Loi sur l'administration financière*, de désigner la *Commission d'enquête sur les faits reliés à des allégations de conflit d'intérêts concernant l'honorable Sinclair M. Stevens* comme ministère aux fins de ladite loi; et

22 I am satisfied that on the basis of Order in Council P.C. 1986-1362 that the Parker Commission was a department of government for financial purposes and in particular the payment out of government funds of the costs of the Commission including the costs of legal counsel. This finding, of course, does not detract from the independence of the Commission in pursuing its terms of reference. It only recognizes, as a practical matter, that when the government appointed the Commission, it was required to fund it out of public funds, and to do so, there had to be compliance with the *Financial Administration Act*.<sup>5</sup> The practice of maintaining the independence of a commission, while requiring a commission to follow government requirements as to keeping accounting records, is discussed by Anthony and Lucas in *A Handbook on the Conduct of Public Inquiries in Canada*, (Toronto: Butterworths, 1985), at page 42:

- b) en vertu de l'alinéa b) de la définition de «ministre compétent» à l'article 2 de la *Loi sur l'administration financière*, de désigner le Premier ministre à titre de ministre compétent à l'égard de la *Commission d'enquête sur les faits reliés à des allégations de conflit d'intérêts concernant l'honorable Sinclair M. Stevens*.

Je conclus que par l'effet du décret C.P. 1986-1362, la Commission Parker est un ministère sur le plan de l'administration financière et en particulier du règlement, au moyen des deniers publics, des dépenses de la Commission, y compris les honoraires d'avocat. Cette conclusion ne diminue en rien l'indépendance de la Commission dans l'exercice de son mandat. Elle ne fait que prendre acte que sur le plan pratique, le gouvernement, en constituant la Commission, était tenu d'en assumer les dépenses au moyen des deniers publics et, à cette fin, d'observer la *Loi sur l'administration financière*.<sup>5</sup> L'usage qui consiste à préserver l'indépendance d'une commission tout en l'obligeant à observer les règles applicables à la conservation des dossiers comptables, a été analysé par Anthony et Lucas dans *A Handbook on the Conduct of Public Inquiries in Canada* (Toronto: Butterworths, 1985), à la page 42: 22

While the commissioner will agree to follow government guidelines as to audit requirements and record keeping, the decision as to whether any expense is justified or warranted, both initially and on an ongoing basis, must be left solely to the commissioner. To do otherwise would be to permit budgetary controls to fetter the inquiry's independence and affect its ability to fulfil its mandate.

It is in this limited sense for compliance with the *Financial Administration Act* that the Commission is a department of government.

23 In general, with respect to solicitor-client privilege as between government institutions, "[t]he release of privileged information by one institution to another would not normally constitute a waiver as this action is internal to the government, the ultimate beneficiary of the privilege" see: McNairn and Woodbury, *Government Information: Access and Privacy* (Scarborough, Ont.: Carswell, 1992) at page 3-36.

24 In *Weiler v. Canada (Department of Justice)*, [1991] 3 F.C. 617 (T.D.), at page 624, it was held that solicitor and client privilege attaches to confidential professional communications between government agencies and their salaried legal officers. The client in that case was the executive branch of the Government of Canada, which was held, at page 624 to include: "the various ministries such as the Department of Agriculture." See also: *Canada (Minister of Industry, Trade and Commerce) v. Central Cartage Company et al.* (1987), 10 F.T.R. 225 (F.C.T.D.), at pages 236-238. In this case, the connection between the Parker Commission and the Privy Council Office was particularly close because the Prime Minister was the Minister responsible for both departments.

25 For these reasons, I do not see how the fact that the Commission submitted its solicitors' accounts to the Privy Council Office for payment purposes can be construed as the giving of accounts to a third party, thereby constituting waiver of the privilege

[TRADUCTION] Le commissaire est certes tenu d'observer les lignes directrices du gouvernement pour ce qui est des impératifs de vérification et de comptabilité, mais il est seul à décider si une dépense quelconque est justifiée, au stade de la décision initiale comme tout au long de la durée de la commission. Toute autre conception reviendrait à permettre aux contrôles budgétaires d'entraver l'indépendance de la commission d'enquête et de compromettre son aptitude à remplir son mandat.

C'est dans ce sens limité de l'observation de la *Loi sur l'administration financière* que la Commission est un ministère.

En ce qui concerne le secret des communications 23  
entre client et avocat, que transmet une institution fédérale à une autre, la règle générale est que [TRADUCTION] «la divulgation par une institution de renseignements protégés à une autre ne vaut normalement pas renonciation au secret, puisqu'il s'agit là d'une action interne au sein de l'administration, qui est en fin de compte le bénéficiaire de cette protection» voir: McNairn et Woodbury, *Government Information: Access and Privacy* (Scarborough, Ont.: Carswell, 1992), à la page 3-36.

Dans *Weiler c. Canada (Ministère de la Justice)*, 24  
[1991] 3 C.F. 617 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 624, il a été jugé que la protection des communications entre client et avocat s'étend aux communications professionnelles confidentielles entre les organismes gouvernementaux et les conseillers juridiques à leur service. Dans cette affaire, le client était «la branche exécutive du gouvernement du Canada», et il a été jugé à la page 624 que celle-ci «comprend les divers ministères tel le ministère de l'Agriculture». Voir aussi *Canada (Ministre de l'Industrie et du Commerce) c. Central Cartage Company et autres* (1987), 10 F.T.R. 225 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux pages 236 à 238. En l'espèce, les rapports entre la Commission Parker et le Bureau du Conseil privé étaient particulièrement étroits puisque le Premier ministre était le ministre responsable de l'un et de l'autre.

Je ne vois donc pas comment le fait que la Com- 25  
mission soumet les relevés de services de ses conseillers juridiques au Bureau du Conseil privé pour paiement peut valoir communication de ces relevés à une tierce partie, ce qui vaudrait renonciation à leur



over the accounts. I infer that the reason the accounts were given to the Privy Council Office reflects the administrative arrangement between the Parker Commission as one department of government and the Privy Council Office as another for payment of the Commission's expenses. Therefore, solicitor-client privilege has not been waived on the basis of disclosure to a third party.

26 Adding to the complexity of the matter is the fact that although the Privy Council Office was not the client as such, it is the Privy Council Office to whom the access request was made and who decided not to disclose on the grounds of solicitor-client privilege. However, I have found that Commissioner Parker was entitled to solicitor-client privilege and he said he did not wish to waive that privilege. The Privy Council Office was complying with Commissioner Parker's instructions so that solicitor-client privilege could be maintained.

4. Was disclosure compulsory and is that a defence to waiver? If, contrary to my finding, the submission of the solicitors' accounts to the Privy Council Office constitute communication to a third party, the respondents argue that the submission of the accounts was compulsory, and therefore no implied waiver occurred.

27 In *S. & K. Processors Ltd. v. Campbell Ave. Herring Producers Ltd.*, [1983] 4 W.W.R. 762 (B.C.S.C.), McLachlin J. (as she then was) observed, at pages 765-766 that:

In the cases where fairness has been held to require implied waiver, there is always some manifestation of a voluntary intention to waive the privilege at least to a limited extent.

Thus, "where a statute requires disclosure, e.g., of a report, no voluntariness is said to be present and no implied waiver occurs" (see: Manes and Silver, *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*, supra, at page 191).

28 In general, the accounting records of commissions of inquiry "ultimately have to form part of govern-

protection. Je présume que le fait qu'ils ont été transmis au Bureau du Conseil privé résulte d'arrangements administratifs entre un ministère, qu'est la Commission Parker, et un autre ministère, savoir le Bureau du Conseil privé, pour règlement des dépenses du premier. Il n'y a donc pas eu renonciation à la protection des communications entre client et avocat du fait de la divulgation à une tierce partie.

26 Ce qui ajoute à la complexité de l'affaire, c'est que si le Bureau du Conseil privé n'est pas le client à proprement parler, c'est à lui que la demande de consultation a été faite et c'est lui qui a refusé la communication pour cause de secret des communications entre client et avocat. Cependant, j'ai conclu que le commissaire Parker avait droit à cette protection et il a fait savoir qu'il ne voulait pas y renoncer. Le Bureau du Conseil privé s'est conformé aux instructions du commissaire Parker afin de protéger le secret professionnel.

4. La divulgation est-elle obligatoire et cette obligation exclut-elle la renonciation? Au cas où, contrairement à ma conclusion, la transmission des relevés de services d'avocat vaudrait communication à une tierce partie, les intimés soutiennent que cette transmission est obligatoire et, que de ce fait, il n'y a pas eu renonciation tacite.

27 Dans *S. & K. Processors Ltd. v. Campbell Ave. Herring Producers Ltd.*, [1983] 4 W.W.R. 762 (C.S.C.-B.), M<sup>me</sup> le juge McLachlin (qui siège maintenant à la Cour suprême du Canada) a fait l'observation suivante, aux pages 765 et 766:

[TRADUCTION] Dans les cas où il est jugé que l'équité impose la renonciation tacite, il y a toujours une certaine manifestation de la volonté de renoncer à la protection, ne serait-ce que dans certaines limites.

C'est ainsi que [TRADUCTION] «lorsque la loi prévoit la divulgation, par exemple, d'un rapport, la volonté n'y a aucune part et il n'y a pas renonciation tacite» (voir: Manes et Silver, *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*, supra, à la page 191).

28 En général, les dossiers comptables des commissions d'enquête [TRADUCTION] «font partie en der-

ment records, or be subject to government audit,” see: Anthony and Lucas in *A Handbook on the Conduct of Public Inquiries in Canada*, *supra*, at page 41. Order in Council P.C. 1986-1139 requires the Commissioner “to file his papers and records with the Clerk of the Privy Council as soon as reasonably may be after the conclusion of the inquiry.” Thus, disclosure to the Privy Council Office was compulsory.

29 It is not entirely clear whether the accounts in question were submitted to the Privy Council Office during the course of the inquiry or after its conclusion. There is an indication that the accounts may have been submitted on an ongoing basis for the purposes of payment. However, in the circumstances, nothing turns on when the accounts were submitted to the Privy Council Office. There was an overall requirement that they ultimately be sent, and therefore their disclosure to the Privy Council Office was compulsory.

30 The applicant relies on *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Canada (Director of the Canadian Museum of Nature)*, [1995] 3 F.C. 643 (T.D.), in which the Canadian Museum of Nature was found to have waived privilege when it voluntarily released information to the Auditor General. That case is distinguishable not only because I have found that disclosure to the Privy Council Office was compulsory, but because of the unique legal status of auditors. Noël J. states, at page 652:

Because of the higher duty which they owe to the shareholders, external auditors are bound to disclose otherwise privileged information which comes to their attention and which may have a material impact on the financial statements under audit so that the release of such information to the auditors is a *de facto* abandonment of the privilege by the client.

The Auditor General is by law the auditor of the Museum. As such his responsibilities and functions are

nière analyse des dossiers de l’administration ou sont soumis à sa vérification» (Anthony et Lucas dans *A Handbook on the Conduct of Public Inquiries in Canada*, *supra*, à la page 41). Le décret C.P. 1986-1139 fait au commissaire l’obligation «de transmettre ses dossiers au greffier du Conseil privé, dans un délai raisonnable, une fois que l’enquête sera terminée». La divulgation au Bureau du Conseil privé était donc obligatoire.

29 On ne sait pas exactement si les relevés en question ont été soumis au Bureau du Conseil privé dans le cours ou après la clôture de l’enquête. Il semble qu’ils aient été soumis périodiquement pour paiement. En l’espèce cependant, le moment où ils ont été transmis au Bureau du Conseil privé ne présente aucune importance. La Commission était tenue à l’obligation générale de les soumettre tôt ou tard; leur divulgation au Bureau du Conseil privé était donc obligatoire.

30 Le requérant cite la décision *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Canada (Directeur du Musée canadien de la nature)*, [1995] 3 C.F. 643 (1<sup>re</sup> inst.), où il a été jugé que le Musée canadien de la nature a renoncé au secret en divulguant volontairement des renseignements au vérificateur général. Il n’y a rien de commun entre les deux causes, non seulement parce que j’ai conclu que la divulgation au Bureau du Conseil privé était obligatoire, mais aussi en raison du statut juridique à part des vérificateurs comptables. Dans l’affaire citée, le juge Noël a tiré la conclusion suivante à la page 652:

En raison de l’obligation de premier ordre à laquelle ils sont tenus envers les actionnaires, les vérificateurs externes doivent faire état des renseignements dont ils prennent connaissance dans la mesure où ils peuvent avoir un effet sur l’exactitude des états financiers qui font l’objet de la vérification et ce nonobstant tout privilège dont pourrait se réclamer le client. Il ressort de ceci que toute communication de ce type de renseignement par un client à son vérificateur constitue de fait un abandon par le client de son droit au secret professionnel à l’égard du renseignement en question.

Le vérificateur général est aux termes de la loi, le vérificateur du Musée. À ce titre ses responsabilités et ses

essentially the same as those of external auditors. He acts as a “public watchdog” which demands in turn that he maintain total independence at all times.

fonctions sont essentiellement les mêmes que celles d’un vérificateur externe. Il agit à titre de «gardien public» qui exige en retour qu’il conserve une indépendance totale en tout temps.

31 While it is argued that the Auditor General is “independent” and that the release of information from the Museum to the Auditor General is parallel to the release of information by the Parker Commission to the Privy Council Office, I have already indicated that for financial purposes, the Commission is a department of government. There is no factor of independence between the Parker Commission and the Privy Council Office that is analogous to the independence of the Auditor General. I conclude that if disclosure to the Privy Council Office can be construed as a disclosure to a third party such disclosure was compulsory, and therefore did not constitute waiver.

Le requérant soutient que le vérificateur général est «indépendant» et que le fait pour le Musée canadien de la nature de lui communiquer des renseignements s’apparente à la communication des renseignements par la Commission Parker au Bureau du Conseil privé, mais j’ai déjà noté que du point de vue de la gestion des finances publiques, cette Commission est un ministère. Sur ce plan, les rapports entre la Commission Parker et le Bureau du Conseil privé ne sont pas caractérisés par la même indépendance que celle dont jouit le vérificateur général. Je conclus donc que si la communication au Bureau du Conseil privé peut être interprétée comme étant la communication à une tierce partie, elle était obligatoire et ne valait pas renonciation. 31

5. Has the inadvertent disclosure of some material amounted to waiver? The materials contain one legal account in possession of the applicant, which discloses:

5. La divulgation par inadvertance de certains renseignements vaut-elle renonciation? Il y a dans les documents en question un relevé de services d’avocat qui est entré en la possession du requérant. Voici ce qu’on peut y lire:

Re: Sinclair Stevens Inquiry

TO ALL PROFESSIONAL SERVICES RENDERED from: May 30, 1987 up to and including June 29, 1987.

To research as per Chief Justice Parker’s instructions.

AMOUNT OWING: \$24,662.50

[TRADUCTION] Objet: Enquête Sinclair Stevens

POUR TOUS SERVICES PROFESSIONNELS EFFECTUÉS du 30 mai 1987 au 29 juin 1987 inclusivement.

Pour recherches effectuées sur instructions du juge en chef Parker.

SOMME DUE: 24 662,50 \$

32 There is also a disbursement memo indicating the parties to a telephone conversation. The applicant says this partial disclosure constitutes waiver. I do not agree. It is obvious this disclosure was inadvertent.

Il y a aussi un relevé de débours donnant les noms des parties à une conversation téléphonique. Le requérant soutient que cette divulgation partielle vaut renonciation. Il n’en est rien. Il est manifeste que la divulgation a été faite par inadvertance. 32

33 There is ample authority to the effect that inadvertent release does not necessarily constitute waiver. See: *Western Canada Invt. Co. Ltd. v. McDairmid* (1922), 15 Sask. L.R. 142 (C.A.); *Double-E, Inc. v. Positive Action Tool Western Ltd.*, [1989] 1 F.C. 163 (T.D.); and *Terry v. Canada (Minister of National Defence)* (1994), 30 Admin.

Il ressort d’une jurisprudence abondante que la divulgation par inadvertance ne vaut pas nécessairement renonciation; voir *Western Canada Invt. Co. Ltd. v. McDairmid* (1922), 15 Sask. L.R. 142 (C.A.); *Double-E, Inc. c. Positive Action Tool Western Ltd.*, [1989] 1 C.F. 163 (1<sup>re</sup> inst.); et *Terry c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (1994), 30 33

L.R. (2d) 122 (F.C.T.D.). Moreover, I agree in this case with Manes and Silver in *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law* (*supra*, at page 201), who have taken a clear position on the issue of opposing counsel using inadvertent release to argue waiver of solicitor-client privilege.

... it would be clearly unjust to allow the opposing solicitors to take advantage of the information they have obtained, especially by countenancing such conduct by concluding that there has been a waiver of the privilege because confidentiality has been lost.

The authors are of the view that where an obviously privileged communication has inadvertently come to the attention of the opposing solicitors and they have sought to take advantage of it, the proper disposition is a finding of non-waiver. . . .

34 I find in this case that the inadvertent release of the account and the disbursement memo does not constitute waiver of solicitor-client privilege.

6. Does the disclosure of the amounts and hours as well as details of disbursements amount to waiver? The applicant submits that the Privy Council Office, in disclosing part of the records sought (the amounts and hours as well as the details of disbursements), has waived privilege to the whole (the full accounts including the expurgated narratives). He relies on a line of authority developed in *S. & K. Processors, supra*, in which McLachlin J. (as she then was) stated, at pages 764-765:

Waiver of privilege is ordinarily established where it is shown that the possessor of the privilege: (1) knows of the existence of the privilege; and (2) voluntarily evinces an intention to waive that privilege. However, waiver may also occur in the absence of an intention to waive, where fairness and consistency so require. Thus waiver of privilege as to part of a communication will be held to be waiver as to the entire communication.

There may, however, be circumstances in which the disclosure of part of a communication does not constitute waiver of the whole.

Admin. L.R. (2d) 122 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). D'ailleurs, je partage l'avis de Manes et Silver qui, dans *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law* (*supra*, à la page 201), ont adopté une position claire sur le cas de l'avocat de la partie adverse qui invoque la communication par inadvertance pour faire valoir la renonciation au secret des communications entre client et avocat:

[TRADUCTION] ... il serait éminemment injuste de permettre à l'avocat de la partie adverse de tirer profit du renseignement qu'il a obtenu, en particulier en tolérant pareil acte par ce motif qu'il y a eu renonciation à la protection puisque le renseignement a perdu de son caractère confidentiel.

Nous estimons que si une communication manifestement protégée est, par inadvertance, portée à l'attention des avocats de la partie adverse et qu'ils cherchent à en tirer profit, la décision qui s'impose consiste à conclure qu'il n'y a pas eu renonciation au secret. . .

Je conclus en l'espèce que la divulgation par inadvertance du relevé de services et de la note de débours ne vaut pas renonciation au secret des communications entre client et avocat. 34

6. La divulgation des montants et des heures de travail ainsi que du détail des débours vaut-elle renonciation? Le requérant soutient que le Bureau du Conseil privé, en révélant une partie des documents demandés (les montants et les heures de travail ainsi que le détail des débours), a renoncé au secret de l'ensemble (c'est-à-dire de l'intégralité des relevés, y compris les passages descriptifs occultés). Il cite à l'appui la jurisprudence représentée par *S. & K. Processors, supra*, où M<sup>me</sup> le juge McLachlin a fait l'observation suivante, aux pages 764 et 765:

[TRADUCTION] La renonciation au secret est normalement établie par la preuve que le titulaire du droit: (1) connaît l'existence du droit et (2) manifeste volontairement l'intention d'y renoncer. Cependant, la renonciation peut aussi se faire sans qu'il y ait expression de l'intention de renoncer, lorsque l'équité et la logique l'exigent. C'est ainsi que la renonciation au secret d'une partie de la communication sera tenue pour renonciation à l'égard de la communication tout entière.

Il est cependant des circonstances où la divulgation d'une partie de la communication ne vaut pas renonciation à l'égard du tout.

35 The basic rule was stated in *Great Atlantic Insurance Co v Home Insurance Co*, [1981] 2 All ER 485 (C.A.), per Templeman L.J., at page 490:

In my judgment, the simplest, safest and most straightforward rule is that if a document is privileged then privilege must be asserted, if at all, to the whole document unless the document deals with separate subject matters so that the document can in effect be divided into two separate and distinct documents each of which is complete.

It appears that the rule in *Great Atlantic* has been confined to circumstances in which partial disclosure has occurred in the context of a trial. (See, for example: *GE Capital Corporate Finance Group Ltd v Bankers Trust Co*, [1995] 2 All ER 993 (C.A.).) There is also a line of authority that has developed to the effect that it is necessary to consider all the circumstances in determining whether a partial disclosure constitutes an attempt to mislead so that privilege over the entire document is lost. In *Lowry v. Can. Mountain Holidays Ltd.* (1984), 59 B.C.L.R. 137 (S.C.), Finch J. stated, at pages 142-143:

I do not think it would be in the interests of justice to drive litigants or their professional advisers to these or other means of avoiding the effect of a "single subject matter" rule on the question of waiver. Whether the document relates to a single subject matter or not, it is, in my view, preferable to look at all the circumstances of the case, and to ask whether the defendants' conduct in disclosing that part of the report concerning factual observations can be taken to mislead either the court or another litigant, so as to require the conclusion that privilege over the rest of the report has been abandoned. [Emphasis added.]

36 *Lowry* has been followed by the British Columbia Court of Appeal in *Power Consol. (China) Pulp Inc. v. B.C. Resources Inv. Corp.*, [1989] 2 W.W.R. 679, and more recently in the context of the *Access to Information Act* by the New Brunswick Court of Queen's Bench, Trial Division, in *Mackin v. New Brunswick (Attorney General)* (1996), 141 D.L.R. (4th) 352.

37 In my opinion, the approach of Finch J. in *Lowry* is appropriate for the purposes of determining

La règle fondamentale a été définie en ces termes par le lord juge Templeman dans *Great Atlantic Insurance Co v Home Insurance Co*, [1981] 2 All ER 485 (C.A.), en page 490:

[TRADUCTION] À mon avis, la règle la plus simple, la plus sûre et la plus directe est que si un document est protégé, le droit au secret, si droit il y a, doit être affirmé à l'égard de l'ensemble du document à moins que celui-ci ne comprenne des sujets distincts tels qu'il peut être divisé en deux documents séparés, dont chacun est complet par lui-même.

Il appert que la règle dégagée dans *Great Atlantic* a été réservée aux cas où la divulgation partielle a eu lieu dans le cours d'un procès. (Voir, par exemple, *GE Capital Corporate Finance Group Ltd v Bankers Trust Co*, [1995] 2 All ER 993 (C.A.).) Il y a aussi un courant jurisprudentiel selon lequel il est nécessaire de prendre en considération toutes les circonstances pour savoir si une divulgation partielle constitue une tentative d'induire en erreur de telle façon que la protection soit anéantie pour le document tout entier. Dans *Lowry v. Can. Mountain Holidays Ltd.* (1984), 59 B.C.L.R. 137 (C.S.), le juge Finch a tiré la conclusion suivante, aux pages 142 et 143:

[TRADUCTION] Je ne pense pas qu'il soit conforme à la justice d'acculer les parties ou leurs avocats à ce moyen ou à d'autres pour se soustraire à l'effet de la règle du «sujet unique» pour ce qui est de la question de la renonciation au secret. Que le document se rapporte à un sujet unique ou non, il vaut mieux prendre en considération toutes les circonstances de la cause et se demander si en divulguant cette partie du rapport qui porte sur les faits, les défendeurs cherchent à induire en erreur soit la Cour soit une autre partie, de telle façon qu'il faille conclure qu'ils ont abandonné leur droit au secret à l'égard du restant du rapport. [Non souligné dans l'original.]

La décision *Lowry* a été suivie par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Power Consol. (China) Pulp Inc. v. B.C. Resources Inv. Corp.*, [1989] 2 W.W.R. 679, et plus récemment dans le contexte de la *Loi sur l'accès à l'information*, par la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, Section de première instance, dans *Mackin v. New Brunswick (Attorney General)* (1996), 141 D.L.R. (4th) 352.

À mon avis, la démarche adoptée par le juge Finch dans *Lowry* est celle qui convient pour exami-

whether, in the context of the *Access to Information Act*, privilege with respect to documents that have been disclosed in part has been waived in whole. While it cannot be ruled out that in some circumstances questions of misleading and unfairness might arise under the *Access to Information Act*, I would think that such issues would arise infrequently because of an oversight by the Information Commissioner and by the Court.

38 In the present case, the Privy Council Office expurgated the narrative portions because its officials considered them to be subject to solicitor-client privilege, and disclosed the balance of the contents of the accounts because its officials believed (incorrectly in my view) that it was not subject to solicitor-client privilege. Certainly, in the context of disclosure under the *Access to Information Act*, the partial disclosure of privileged information cannot be taken as an attempt to cause unfairness between parties, or to mislead an applicant or a court, nor is there any indication that it would have that effect. I therefore find that the disclosure of portions of the solicitors' accounts does not constitute waiver of solicitor-client privilege.

#### Discretion

39 On this point, applicant's counsel says that nothing in the decision of the Privy Council Office or the Information Commissioner gives any reasons for the exercise of discretion by the Privy Council Office not to disclose the privileged information. He says that since no reasons were issued by the Privy Council Office, it is impossible to know whether the discretion conferred on the head of the Privy Council Office by section 23 of the *Access to Information Act* was exercised on a properly principled basis. Further, he submits that the applicant has a particularly compelling reason for seeking disclosure in this case and that should have been taken into account in the exercise of discretion.<sup>6</sup> He says that if it is decided that the narrative portions of the accounts are privileged, but that discretion was not properly

ner, dans les cas soumis à l'application de la *Loi sur l'accès à l'information*, si la divulgation d'une partie vaut renonciation à l'égard du tout. Bien qu'il soit impossible d'exclure que dans certaines circonstances, la question de manœuvres trompeuses et déloyales puisse se poser dans le cadre de la *Loi sur l'accès à l'information*, je suis d'avis que pareille question ne doit pas être soulevée souvent vu le rôle de surveillance exercé par le Commissaire à l'information et par la Cour.

En l'espèce, le Bureau du Conseil privé a occulté 38 les passages descriptifs parce que les fonctionnaires responsables les jugeaient protégés par le secret des communications entre client et avocat, et divulgué le restant du contenu des relevés en cause, parce que ces fonctionnaires les estimaient (à tort à mon avis) exclus de cette protection. Il est indiscutable qu'en matière de divulgation sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*, la divulgation partielle d'un renseignement protégé ne saurait représenter une tentative de désavantager une partie, ou d'induire en erreur le demandeur ou quelque juridiction que ce soit; d'ailleurs, rien n'indique qu'elle aurait cet effet. Je conclus en conséquence que la divulgation de certaines parties des relevés de services d'avocat ne vaut pas renonciation au secret des communications entre client et avocat.

#### Exercice du pouvoir discrétionnaire

Sur ce point, les avocats du requérant font valoir 39 que la décision du Bureau du Conseil privé ou du Commissaire à l'information ne cite aucun motif à l'appui de l'exercice par le premier de son pouvoir discrétionnaire de ne pas communiquer les renseignements protégés. Puisque le Bureau du Conseil privé n'a pris aucun motif, disent-ils, il est impossible de savoir si le pouvoir discrétionnaire dont l'article 23 de la *Loi sur l'accès à l'information* investit le responsable du Bureau du Conseil privé a été exercé conformément aux principes. De surcroît, le requérant a une raison particulièrement impérieuse de demander communication en l'espèce, et cette raison aurait dû être prise en compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire<sup>6</sup>. Ils soutiennent que s'il est jugé que les passages descriptifs des relevés en

exercised, the matter should be remitted to the head of the Privy Council Office for redetermination.

question sont protégés, mais que le pouvoir discrétionnaire en la matière n'a pas été convenablement exercé, il faudra renvoyer l'affaire au responsable du Bureau du Conseil privé pour réexamen.

40 The applicant's submissions raise three questions:

Les arguments du requérant soulèvent trois questions: 40

1. Was a discretionary decision made? As pointed out by Strayer J. (as he then was) in *Kelly v. Canada (Solicitor General)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54 (F.C.T.D.), affirmed (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 304 (F.C.A.), at page 58:

1. Y a-t-il eu décision discrétionnaire? Ainsi que l'a fait observer le juge Strayer à la page 58 de *Kelly c. Canada (Solliciteur général)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), confirmée par (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 304 (C.A.F.):

It will be seen that these exemptions require two decisions by the head of an institution: first, a factual determination as to whether the material comes within the description of material potentially subject to being withheld from disclosure; and second, a discretionary decision as to whether that material should nevertheless be disclosed.

Comme on peut le voir, ces exemptions exigent que le responsable d'un établissement prenne deux décisions: 1) une décision de fait sur la question de savoir si les renseignements en question correspondent à la description de renseignements susceptibles de ne pas être divulgués; et 2) une décision discrétionnaire sur la question de savoir s'il convient néanmoins de divulguer lesdits renseignements.

41 The decision in this case is on a printed form entitled: "Record of Decision". Insertions particular to this case are brief:

La décision rendue en l'espèce est consignée dans une formule imprimée ayant pour titre «Rapport de décision». Les inscriptions qui nous intéressent sont brèves: 41

Disclose except for exemptions indicated in the attached schedule.

[TRADUCTION] Communiquer sauf exemptions indiquées dans l'annexe jointe.

...

...

Disclose severed version.

Divulguer version détachée.

...

...

Discretionary Exemption s. 23 of the Act.

Exemption discrétionnaire, art. 23 de la Loi.

42 The attached schedule states:

L'annexe jointe porte ce qui suit: 42

Section 23—Solicitor-Client Privilege

[TRADUCTION]

Article 23—Secret professionnel entre client et avocat

Information the disclosure of which would reveal solicitor-client privilege is to be exempted at the following pages: [73 pages are listed]

Les renseignements dont la divulgation révélerait les communications protégées entre client et avocat doivent être exemptés aux pages suivantes: [énumération de 73 pages]

The information being exempted describes the services performed by the counsel.

Les renseignements exemptés portent sur les services effectués par les conseillers juridiques.

43 The applicant was advised of the decision by a letter dated May 28, 1993. The letter states in part:

Le requérant a été informé de cette décision par lettre en date du 28 mai 1993, où on peut lire notamment ce qui suit: 43

Certain information has been severed pursuant to section 25 (severability) of the Access to Information Act. This information qualifies for exemption under section 19(1) and section 23 of the Act.

[TRADUCTION] Certains renseignements ont été occultés conformément à l'article 25 (prélèvements) de la Loi sur l'accès à l'information. Ces renseignements sont exemptés en application du paragraphe 19(1) et de l'article 23 de la Loi.

Counsel agree that the letter, while it gives notice of the decision, does not itself constitute a decision.

Les avocats en présence conviennent que cette lettre ne constitue pas en soi la décision, mais ne fait que notifier celle-ci.

44 Considering the Record of Decision, and the attached schedule, it is clear that both types of decisions referred to in *Kelly* were made in this case. The references in the schedule to section 23 and solicitor-client privilege demonstrates that a determination was made that, in the view of the Privy Council Office, the material in question was subject to solicitor-client privilege and that section 23 was relevant. It is also apparent that a decision was made not to disclose the information which was considered to be subject to solicitor-client privilege.

Il ressort du Rapport de décision et de l'annexe 44 jointe qu'il y a eu en l'espèce décisions des deux catégories relevées dans la jurisprudence *Kelly*. La mention, à l'annexe, du secret professionnel entre client et avocat que consacre l'article 23 démontre que le Bureau du Conseil privé a conclu que les documents en question sont protégés par le secret des communications entre client et avocat et que l'article 23 s'applique en la matière. Il appert aussi qu'il y a eu décision de ne pas divulguer les renseignements tenus pour protégés par ce secret.

45 There is explicit reference to section 23 being a "discretionary exemption". I think a reasonable inference can be drawn that regard was had by the decision maker to section 23 and the fact that it contemplates a discretionary exemption. In the circumstances I am satisfied that a discretionary decision not to disclose was made.

Le Rapport de décision indique expressément que 45 l'exemption fondée sur l'article 23 est une exemption discrétionnaire. On peut raisonnablement en conclure que l'autorité responsable s'est référée à l'article 23 et au fait qu'il prévoit l'exemption discrétionnaire. Dans ce contexte, je conclus que le responsable a pris la décision discrétionnaire de ne pas communiquer les renseignements en question.

2. Is there a duty to give reasons for the decision? Absent a requirement by statute or regulation, a decision is not reviewable solely because of a failure to disclose reasons. See: *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, at page 705.

2. Le responsable est-il tenu de motiver sa décision? Sauf disposition dans ce sens de la loi ou du règlement applicable, une décision n'est pas susceptible de contrôle judiciaire du seul fait qu'elle n'est pas motivée; voir *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, à la page 705.

46 The present case is not one that arises under those provisions of the *Access to Information Act* in which the Court is called upon to determine if there were reasonable grounds for the refusal to disclose the record. In that type of case, the Court requires reasons for the refusal either in the form of a decision or in evidence brought before it in order to be able to assess whether the head of the government insti-

Il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire qui mette 46 en jeu les dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information* par application desquelles la Cour est appelée à juger s'il y avait des motifs raisonnables pour refuser de divulguer les documents en question. Dans une affaire de ce type, la Cour demande à voir les motifs de refus, que ce soit sous forme de décision ou de preuves produites devant elle, afin d'être



tution had reasonable grounds to refuse disclosure. For example, see: section 50 of the *Access to Information Act*, and also, *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, [1993] 1 F.C. 427 (T.D.).

47 In a case under section 23 of the Act, the Court is only called upon to determine whether the head of the government institution was authorized to refuse disclosure on the ground that the information sought was subject to solicitor-client privilege. The reason for such a refusal is self-evident in section 23, and nothing further is required. I conclude that the decision of the Privy Council Office not to disclose did not require the giving of any further reasons than those contained in the decision.

3. In making the discretionary decision, is it necessary for the decision maker to take into account matters such as the age of the record, the fact that the Parker Commission has been concluded for some years, and the reasons of the applicant for seeking disclosure? In *Kelly, supra*, Strayer J. states, at page 58:

The second type of decision is purely discretionary. In my view, in reviewing such a decision, the court should not itself attempt to exercise the discretion de novo but should look at the document in question and the surrounding circumstances and simply consider whether the discretion appears to have been exercised in good faith and for some reason which is rationally connected to the purpose for which the discretion was granted.

Counsel for the applicant relies on this statement to assert that the head of the government institution in exercising discretion must take account of “surrounding circumstances”.

48 In this case, it is abundantly clear that the Privy Council Office reviewed the records sought, expurgated those portions which it considered to be sub-

en mesure de décider si le responsable de l’institution fédérale avait des motifs raisonnables pour refuser la communication; voir l’article 50 de la *Loi sur l’accès à l’information*, et aussi *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Premier ministre)*, [1993] 1 C.F. 427 (1<sup>re</sup> inst.).

47 Dans une affaire relevant de l’article 23 de la Loi, la Cour n’est appelée qu’à décider si le responsable de l’institution fédérale est habilité à refuser la communication par ce motif que le ou les renseignements demandés sont protégés par le secret des communications entre client et avocat. Le motif de décision ressort clairement de l’article 23, et il n’est pas nécessaire d’aller plus loin. Je conclus qu’en refusant de communiquer les renseignements en question, le Bureau du Conseil privé n’était pas tenu de donner d’autres motifs que ceux mentionnés dans sa décision.

3. Dans sa décision discrétionnaire, le responsable doit-il prendre en considération des éléments tels que le caractère déjà vieux des documents en question, le fait que la Commission Parker a terminé ses travaux depuis quelques années déjà, et les raisons pour lesquelles le requérant veut consulter ces documents? Dans *Kelly, supra*, le juge Strayer s’est prononcé en ces termes, à la page 58:

Le second type de décision est purement discrétionnaire. À mon sens, en révisant une telle décision la Cour ne devrait pas tenter elle-même d’exercer de nouveau le pouvoir discrétionnaire, mais plutôt examiner le document en question et les circonstances qui l’entourent et se demander simplement si le pouvoir discrétionnaire semble avoir été exercé de bonne foi et pour un motif qui se rapporte de façon logique à la raison pour laquelle il a été accordé.

Les avocats du requérant se fondent sur cette conclusion pour soutenir que dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en la matière, le responsable de l’institution fédérale doit prendre en considération les «circonstances» de la demande.

48 En l’espèce, il ressort à l’évidence que le Bureau du Conseil privé a examiné les documents demandés, en a occulté les éléments qu’il jugeait protégés

ject to solicitor-client privilege, and disclosed the balance. Those are the surrounding circumstances. Having regard to the nature of the documents and the jurisprudence regarding solicitor-client privilege, I am satisfied that the discretion not to disclose was exercised in good faith and for the reason stated in section 23.

par le secret des communications entre client et avocat, et a communiqué le reste. Ce sont là les circonstances de l'affaire. Compte tenu de la nature des documents en cause et à la lumière de la jurisprudence relative au secret des communications entre client et avocat, je conclus qu'en l'espèce, le responsable a exercé son pouvoir discrétionnaire de bonne foi et pour la raison visée à l'article 23.

49 Counsel for the applicant referred to *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1995] 3 F.C. 199 (C.A.) and *Mackenzie v. Canada (Minister, Department of National Health & Welfare)* (1994), 31 Admin. L.R. (2d) 86 (F.C.T.D.) in support of the proposition that there was an obligation on the Privy Council Office to consider the applicant's reasons for requesting disclosure. In particular, counsel for the applicant submits that the applicant has a serious application for judicial review in respect of the Parker Commission *Report* and the information he seeks is necessary for that proceeding.

Les avocats du requérant citent *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1995] 3 C.F. 199 (C.A.), et *Mackenzie c. Canada (Ministre, Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 31 Admin. L.R. (2d) 86 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), pour soutenir que le Bureau du Conseil privé était tenu de considérer les raisons pour lesquelles le requérant demandait à consulter ces documents, en particulier que celui-ci a introduit un recours sérieux en contrôle judiciaire au sujet du *Rapport* de la Commission Parker, et que les renseignements dont il demande communication sont nécessaires à cette fin. 49

50 It would be inappropriate to impose a general rule as to what the head of a government institution must consider in making a decision under the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21 or the *Access to Information Act*. Rather, the specific provision under which a decision is made and the circumstances of the case must be considered. In some cases, e.g. under subsection 19(1) of the *Privacy Act* it may be necessary for the head of a government institution to weigh the public interest in disclosure against the interest in privacy. Such a case calls for a broader determination than does section 23 of the *Access to Information Act*.

On ne saurait prescrire par une règle générale les facteurs que doit prendre en considération le chef d'une institution fédérale lorsqu'il rend une décision sous le régime de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, ou de la *Loi sur l'accès à l'information*. Ce qu'il doit prendre en considération, c'est la disposition même en application de laquelle il rend la décision ainsi que les circonstances de l'affaire. Dans certains cas, par exemple dans le cas où le paragraphe 19(1) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est en jeu, il se peut que le responsable ait à mettre dans la balance l'intérêt public que représente la divulgation et l'intérêt privé que représente la protection de la vie privée. Une affaire de ce genre appelle une décision de portée plus large que la décision visée à l'article 23 de la *Loi sur l'accès à l'information*. 50

51 While nothing prevents an applicant from explaining to the head of the government department why information should be disclosed in a particular case, and nothing prevents the head of the department from taking such submissions into account, there is no obligation to do so. Under section 23 all that

Si rien n'empêche un demandeur d'expliquer au responsable de l'institution fédérale pourquoi il faudrait divulguer les renseignements demandés dans son cas particulier, et que rien n'empêche ce responsable de prendre cette explication en considération, il n'est tenu à aucune obligation de ce genre. Dans 51

need be considered by the head of the government institution is whether to waive the right, in whole or in part, to maintain the confidentiality of information that is subject to solicitor-client privilege. That is what took place in this case.

52 I conclude that there is no error in respect of the exercise of discretion by the Privy Council Office in this case.

Application for disclosure to counsel for purposes of argument

53 Towards the end of his argument, counsel for the applicant asked the Court to order that the narrative portions of the accounts be disclosed to applicant's counsel, so they could make submissions with regard to that material on an informed basis. It goes without saying that in ordinary litigation, counsel for both sides must have access to all material before the Court. However, this is not possible where the subject-matter is access to such information, at least initially. For this reason the Court has established a procedure whereby upon timely application either the information or a gist of the information is disclosed to counsel for purposes of argument. See, for example, *Hunter v. Canada (Consumer and Corporate Affairs)*, [1991] 3 F.C. 186 (C.A.), at page 205; *Steinhoff v. Canada (Minister of Communications)* (1996), 114 F.T.R. 108 (F.C.T.D.).

54 Because of the lateness of the application in this case, I declined to grant the applicant's request. However, I did indicate that if upon reviewing the confidential material, it appeared necessary or desirable to have representations of applicant's counsel relating to specific material, I would institute a process whereby I could receive such submissions. It has not been necessary for me to do so as this decision does not turn on the specific contents of the material.

CONCLUSION

55 I find that the narrative portions expurgated by the Privy Council Office from the solicitors'

l'application de l'article 23, tout ce qu'il doit examiner, c'est s'il y a lieu de renoncer à tout ou partie du droit de préserver la confidentialité du renseignement protégé par le secret des communications entre client et avocat. C'est ce qui a été fait en l'espèce.

Je conclus qu'aucune erreur n'entache l'exercice par le Bureau du Conseil privé de son pouvoir discrétionnaire en la matière. 52

Requête en divulgation aux fins d'argumentation juridique

Vers la fin de leur argumentation, les avocats du requérant ont demandé à la Cour d'ordonner la communication des passages descriptifs des relevés en question afin qu'ils puissent présenter des conclusions informées à ce sujet. Il va sans dire que dans un litige ordinaire, les avocats des deux parties doivent avoir accès à tous les documents produits devant la Cour. Cela n'est cependant pas possible lorsque le litige porte précisément sur l'accès à ces renseignements, du moins initialement. C'est pourquoi la Cour a fixé une procédure grâce à laquelle, sur demande introduite en temps voulu, l'intégralité ou l'essentiel de l'information demandée est communiqué aux avocats en vue de leur argumentation; voir par exemple *Hunter c. Canada (Ministère des Consommateurs et des Sociétés)*, [1991] 3 C.F. 186 (C.A.), à la page 205; *Steinhoff c. Canada (Ministre des Communications)* (1996), 114 F.T.R. 108 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). 53

Vu l'introduction tardive de la requête susmentionnée, je n'y ai pas accédé. J'ai cependant fait savoir que si, après avoir revu les documents confidentiels, il est nécessaire ou souhaitable d'entendre les conclusions des avocats du requérant sur des renseignements spécifiques, je fixerai la procédure d'audition de ces conclusions. Je n'ai pas eu à le faire puisque cette décision ne porte pas sur le contenu spécifique des documents demandés. 54

CONCLUSION

Je conclus que les passages descriptifs que le Bureau du Conseil privé a occultés des relevés de 55

accounts are subject to solicitor-client privilege. There has been no waiver of privilege express or implied, nor has the Privy Council Office failed to exercise discretion or erred in the exercise of discretion.

services d'avocat sont protégés par le secret des communications entre client et avocat. Il n'y a eu renonciation ni expresse ni tacite à cette protection, ni défaut du Bureau du Conseil privé d'exercer son pouvoir discrétionnaire en la matière, ni erreur dans l'exercice de ce pouvoir.

56 Should either or both parties wish to make submissions with respect to costs having regard to section 53 of the *Access to Information Act*, they may contact the Registry within 14 days of the date of the order herein. If the Court is not so contacted, there will be no order as to costs.

Au cas où l'une ou l'autre partie souhaiterait 56 présenter des conclusions quant aux frais et dépens au regard de l'article 53 de la *Loi sur l'accès à l'information*, elle pourrait se mettre en rapport avec le greffe de la Cour dans les 14 jours de la date de la présente ordonnance, faute de quoi, il n'y aura pas d'adjudication des dépens.

57 The application is dismissed.

La demande est rejetée. 57

<sup>1</sup> Some other information was also expurgated on the grounds that it was personal information pursuant to s. 19(1) of the *Access to Information Act*, but the applicant does not seek that information and it is not in issue.

<sup>1</sup> Certains autres renseignements ont été occultés par ce motif qu'il s'agit de renseignements personnels protégés en application de l'art. 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, mais le requérant n'en avait pas demandé communication; ils ne sont donc pas en cause.

<sup>2</sup> Order P-676 was quashed but for different reasons. See: *Ontario (Attorney General) v. Fineberg and Doe* (1996), 88 O.A.C. 318 (Div. Ct.).

<sup>2</sup> L'ordonnance P-676 a été infirmée, mais par d'autres motifs; voir *Ontario (Attorney General) v. Fineberg and Doe* (1996), 88 O.A.C. 318 (C. div.).

<sup>3</sup> Lamer J. points out in *Descôteaux*, at p. 873 that the solicitor-client privilege is generally subject to a few exceptions, e.g. a lawyer must be giving advice in a professional capacity for the right to inure, and communications cannot be made in perpetration of a crime or a fraud. These types of exceptions are not applicable in this case.

<sup>3</sup> Le juge Lamer souligne à la p. 873 de l'arrêt *Descôteaux* que le secret des communications entre client et avocat connaît quelques exceptions, en ce que la consultation doit être donnée par l'avocat dans l'exercice de sa profession, et que les communications ne peuvent servir à commettre un crime ou une fraude. Ces exceptions n'ont pas application en l'espèce.

<sup>4</sup> The view of Halvorson J. in *International Minerals* was in turn adopted by Heald D.J. in *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 1 F.C. 268 (T.D.), at p. 294, who understood "continuum of communications" to emphasize:

<sup>4</sup> Cette conclusion tirée par le juge Halvorson dans *International Minerals* a été adoptée dans *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 1 C.F. 286 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 294, par le juge suppléant Heald, pour qui l'emploi de l'expression «continuum de communications» vise à souligner

... the importance that "all communications ... between a client and a legal advisor directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice or legal assistance" fall under the protection of the solicitor-client privilege.

... l'importance du fait que «toutes les communications ... qui sont échangées entre l'avocat et son client et qui se rapportent directement à la consultation de l'avocat ou aux conseils ou services juridiques que l'avocat donne» sont protégées par le secret professionnel qui lie un avocat à son client.

<sup>5</sup> S. 34 (as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 13) of the *Financial Administration Act* provides:

<sup>5</sup> L'art. 34 (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 13) de la *Loi sur l'administration financière* (actuellement intitulée *Loi sur la gestion des finances publiques*) prévoit ce qui suit:

34. (1) No payment shall be made in respect of any part of the public service of Canada unless, in addition to any other voucher or certificate that is required, the deputy of the appropriate Minister, or another person authorized by that Minister, certifies

34. (1) Tout paiement d'un secteur de l'administration publique fédérale est subordonné à la remise des pièces justificatives et à une attestation de l'adjoint ou du délégué du ministre compétent selon laquelle:

(a) in the case of a payment for the performance of work, the supply of goods or the rendering of services,

. . .

(b) in the case of any other payment, that the payee is eligible for or entitled to the payment.

(2) The Treasury Board may prescribe policies and procedures to be followed to give effect to the certification and verification required under subsection (1).

<sup>6</sup> The applicant has brought an application for judicial review of Commissioner Parker's *Report* in this Court on the basis of unfairness at least in part relating to the alleged involvement of Commission counsel in the writing of the *Report* contrary to the alleged undertaking of Commissioner Parker that this would not occur. He says that access to the narrative portion of solicitors' accounts would disclose whether counsel was involved in the writing of the *Report*.

a) en cas de fournitures, de services ou de travaux:

. . .

b) en tout autre cas, le bénéficiaire est admissible au paiement.

(2) Le Conseil du Trésor peut établir les règles et méthodes à suivre concernant l'attestation et la détermination de l'admissibilité visées au paragraphe (1).

<sup>6</sup> Le requérant a saisi la Cour d'un recours en contrôle judiciaire contre le *Rapport* de la Commission Parker pour cause d'iniquité, en partie par ce motif que le conseiller juridique de la Commission aurait participé à la rédaction du *Rapport*, malgré l'engagement qu'aurait pris à ce sujet le commissaire Parker. Le requérant soutient que les passages descriptifs des relevés de services d'avocat révéleraient si le conseiller juridique a participé à la rédaction du *Rapport*.



# DIGESTS

*Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## ADMINISTRATIVE LAW

### JUDICIAL REVIEW

Judicial review of Minister of National Revenue's refusal to cease all proceedings to collect debts owing for 1974 to 1978 taxation years—In 1984 applicant reaching settlement with Minister and in 1985 new notices of assessment in amount of \$15,082.31 issued for taxation years in question—Applicant not making any payments—In 1991 Minister retaining applicant's GST credits; in 1994 and 1996 sending requirement to pay notices to Ager Holdings Ltd., company of which applicant sole shareholder, and to Hongkong Bank of Canada to claim portion of RRSP—Both Ager Holdings Ltd. and Hongkong Bank Ltd. complying—On June 26, 1996 applicant's counsel communicating with collection officer belief tax debt extinguished under B.C. Limitation Act—Application dismissed—Collection officer for Minister can be considered "federal board, commission or other tribunal"—As Minister's representative, collection officer can make decisions binding on Minister—But mere fact collection officer within definition under Federal Court Act, s. 2 not meaning all statements can be considered as decisions subject to judicial review—That "decision" communicated to party in telephone conversation, nature of decision not altered—If Minister's decision, or that of representative communicated to party by any means, such decision can be subject of judicial review providing disposing of substantial question before federal board, commission or other tribunal: *Mahabir v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 133 (C.A.)—Communication to applicant's counsel not "decision", but merely expression of collection officer's opinion in course of wide-ranging telephone conversation discussing collection of funds owed for income tax arrears—Actual decision was collection of GST credits in 1991, issuance of requirements to pay in 1994—Necessary legal proceedings should have been commenced within 30-day delay when respondent retaining applicant's GST credits or issuing requirements to pay—At that time could have alleged no monies owing because of statutory prescription—Extension refused as no

## ADMINISTRATIVE LAW—Continued

valid explanation for why failed to file application for judicial review within legal delays; extension for substantial period of time (two and one half to five and one half years); no evidence applicant having any intention to contest legality of Minister's decision by way of judicial review application—Applicant out of time to bring application for judicial review of Minister's decision to set off GST payments or to issue requirements to pay—Judicial review application invalid—Limitation Act, R.S.B.C., 1979, c. 236—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

FUCHS v. CANADA (T-1703-96, Teitelbaum J., order dated 1/4/97, 8 pp.)

### *Certiorari*

Collective agreement providing for mandatory retirement at age 65—Applicants, aged 65, 77, checkers at port of Saint John—As result of collective agreement, applicants' employment terminated on account of age—Canadian Human Rights Commission dismissing complaints of age discrimination, finding applicants reaching normal age of retirement within meaning of Canadian Human Rights Act, s. 15(c)—Relying on investigator's report saying union representative stating 65 normal retirement age, policy in force in all major eastern Canadian ports—Report not identifying material causing investigator to rely on statement—Respondent union revealing undisclosed correspondence between union, Commission concerning practice at other ports on second day of argument—Consisting of letter listing specific local unions at ports across Canada maintaining normal retirement age 65, and letter listing 20 employees at Saint John, ages at retirement, including several over 65—No obligation on Commission to systematically disclose to party every document obtained from another party—But unfairness arising if Commission failing to disclose material relevant to issue central to party's claim—Central issue herein whether retirement at 65

**ADMINISTRATIVE LAW—Concluded**

practice enforced for employees working in positions similar to applicants' at all other ports in Canada—Letters not providing anything further on issue of enforcement—Unsatisfactory for decision to refer only to unsupported allegations as basis for determination central to decision—Applicants not having opportunity to contest particulars causing investigator to rely on statements of union representative—Letters, other materials investigator must have relied on in making statements about retirement age, enforcement practices at other ports, should have been provided to applicants—In best interest of Commission that parties exchange comments—Commission taking 11 months before dismissing complaints—Commission notoriously slow in many of its proceedings—Court expecting redetermination to take place expeditiously—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3(1), 7, 9(1), 10, 15(c).

MCALLISTER V. MARITIME EMPLOYERS ASSN.  
(T-191-96, Rothstein J., order dated 6/3/97, 9 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION****EXCLUSION AND REMOVAL***Removal of Permanent Residents*

Judicial review of removal order—At expiration of sentence of imprisonment, applicant, landed immigrant, placed on probation for two years by Ontario Court (General Division)—Terms of probation requiring him to report to probation officer once per month—Ordered deported on December 13, 1994—Removed to Bosnia on January 6, 1997—Immigration Act, s. 50(1)(a) prohibiting execution of removal order where execution would directly result in contravention of any other order made by any judicial body or officer in Canada—Application allowed—Execution of deportation order preventing applicant from complying with probation order—S. 50(2), precluding execution of removal order until individual completing sentence, not entire code dealing with orders of imprisonment, probation i.e. cases in which offenders placed on probation without imprisonment—S. 50 must be read in entirety—S. 50(1)(a) applicable to probation order once individual released from imprisonment—Where Minister wishing to deport individual subject to probation order requiring presence in Canada, may take steps under Criminal Code, s. 732.2(3)(a) whereunder may request prosecutor to apply to Court making probation order to change optional conditions of order so that execution of deportation order not directly resulting in contravention of probation order—Neither prosecutor, where responsible to provincial Attorney General, nor Court bound to accede to request—If not acceded to by prosecutor or Court, then according to s. 50 Parliament intending Minister to be subject to probation order until conditions completed—Parliament, by s. 50 requiring Minister, like anyone else to

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

## —Continued

respect Court orders—While understandable Parliament intending Minister should not, in deporting individual, directly contravene another Court order, on other hand purpose of probation order to protect society, facilitate offender's successful reintegration into community—Odd to preclude deportation while offender under probation for purpose of protecting society, facilitating reintegration into community which ultimately will not enter—Worthy of Parliament's attention to revisit s. 50 with a view to considering whether, in probation situations, in which offender required to report to probation officer on periodic basis or otherwise required by probation order to be present in Canada, Minister should be precluded from executing deportation order unless obtaining variation of probation order—Possibly in some circumstances deportation making more sense than continuing adherence to probation order and perhaps discretion ought to be conferred on Minister for this reason—While Court not condoning Minister acting in contravention of s. 50, not sensible to require Minister to arrange for return of applicant to continue probation to completion only to deport him again—Such result having anomalous effect of placing offenders in more advantageous position than deportees not committing offences—Parliament not enacting s. 50 to benefit offenders—Direction to report quashed, but no other direction made—Question certified: Does execution of removal order against person subject to probation order containing direction to report to probation officer on specified periodic basis directly result in contravention of order made by judicial body in Canada for purposes of s. 50(1)(a)?—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 50(1)(a)—Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 732.2(3) (as enacted by S.C. 1995, c. 22, s. 6).

CUSKIC V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-29-97, Rothstein J., order dated 7/5/97, 9 pp.)

**JUDICIAL REVIEW**

Legitimate expectation—Application for judicial review of Minister's opinion applicant danger to public—Applicant landed in 1981, does not have Canadian citizenship—In report, immigration officer stated applicant has amassed substantial criminal record comprised almost totally of violent actions against his victims and recommended case be referred to Minister for opinion subject posing danger to public in Canada—Applicant advised would be sent copy of any submission/final report for review prior to rendering of decision—Applicant not provided with same—Applicant pleading legitimate expectation—Application allowed—Application of legitimate expectation principle as explained in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Bendahmane*, [1989] 3 F.C. 16 (C.A.)—As giving effect to immigration officer's promise would not conflict or interfere with statutory duty of Minister, and as immigration officer



## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

not forbidden from making such representation, would be breach of procedural fairness not to honour promise.

SHANKARAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2964-96, Pinard J., order dated 7/5/97, 5 pp.)

## STATUS IN CANADA

*Convention Refugees*

Judicial review of CRDD determination applicant having no well-founded fear of persecution based on membership in particular social group, political opinion—In reviewing mistreatment, Tribunal noting at least four times principal applicant neither arrested nor detained—In considering impact of illegal departure from Iran, Tribunal holding administrative fine or term of imprisonment so short as not to be persecutory most likely sentence based on document neither produced at hearing nor included in Tribunal's record filed with Court—Document publicly available, referred to in index tabled at Tribunal hearing—Holding fine economic sanction, not constituting persecution—Application allowed—Implication from reasons persecution requiring arrest, detention error of law: *Oyarzo v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 F.C. 779 (C.A.)—Tribunal also erred in assuming general practice of administrative fines or short periods of imprisonment for returning Iranians fleeing country illegally would apply to applicants, without taking into consideration execution of principal applicant's brother, anti-government activities of two older sons, ongoing incarceration of husband—Incumbent upon Tribunal in assessing prospective element of applicants' well-founded fear to consider possible consequences of return to Iran in context of family history and principal applicant's husband continued incarceration without trial—Decision not disclosing prospective assessment made.

ASADI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1921-96, Lutfy J., order dated 18/4/97, 5 pp.)

Whether applicants excluded from definition of Convention refugee in Immigration Act by reason of Geneva Convention, Art. 1E—Female applicant originally from Somalia—Left Somalia in 1991, went to Kenya, then Russia and finally Sweden in January 1993—Gave birth to infant applicant before arriving in Sweden—Applicants applied for Convention refugee status in Sweden—In April 1994, Sweden denied Convention refugee claims but granted them permanent resident status on humanitarian grounds—Whether they have rights, obligations attaching to possession of Swedish nationality so as to come under Convention, Art. 1E—Panel right in finding applicants had not lost domicile in Sweden—Correct in considering status in Sweden at time

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

of hearing—Case raising disturbing question of asylum shopping—Applicants, at their own will, rejecting protection of one country by unilaterally abandoning country for another—Geneva Convention exists for persons requiring protection, not to assist persons preferring asylum in one country over another—Application for judicial review dismissed—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1E.

MOHAMED V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2248-96, Rothstein J., order dated 9/4/97, 4 pp.)

*Permanent Residents*

Judicial review of visa officer's refusal of application for permanent residence because of medical inadmissibility of 11-year old dependent son who suffers moderate mental retardation as well as Down's syndrome—Application dismissed—Although preferable if visa officer requesting opinion on both medical condition and excessive demands on health or social services in Canada, that set out social services required and applicant's son unlikely as adult to be self-supporting in Canada, sufficient to meet requirements of procedural fairness as stated in *Hussain v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 35 Imm. L.R. (2d) 86 (F.C.T.D.)—Conflicting findings by doctors in medical profile portion of notification forms insufficient alone to render visa officer's decision patently unreasonable—Open to visa officer to find dependent son unlikely to be self-supporting as adult—Not indicating being considered as adult instead of dependant—Personalized special education requirements considered social service: *Sabatier v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 102 F.T.R. 268 (F.C.T.D.) (*obiter*)—Although applicant succeeded on one of eight issues, decision as whole not patently unreasonable—Question certified: Does identified continuing need for personalized special education constitute "social service" within meaning of Immigration Act, s. 19(1)(a)(ii)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(a)(ii) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11).

YOGESWARAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1505-96, McKeown J., order dated 17/4/97, 8 pp.)

Judicial review of immigration officer's refusal to issue returning resident's permit (RRP) to applicant because not working for Canadian company abroad—When unable to find employment in Canada, applicant securing employment in Kuwait where has no permanent status, not permitted to own property—Intending to work in Kuwait until December 1997, save enough to support family upon return to Canada—Immigration Regulations, s. 26(2)(c)(iv) giving

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Concluded

immigration officer broad discretion to grant RRP for reasons or circumstances other than those listed in Regulations—Application allowed—Immigration officer not exercising discretion when determining whether to grant RRP since required applicant to meet sole criterion set out in s. 26(2)(c)(i) i.e. applicant leaving to carry out duties of employment with Canadian business, government—Fettered discretion in error—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 25—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 26 (as am. by SOR/86-865, s. 2).

EL-AMIN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1607-96, Campbell J., order dated 11/4/97, 5 pp.)

Application for judicial review of immigration officer's decision dismissing request for permanent resident status on compassionate and humanitarian grounds under Immigration Act, s. 114(2)—Applicant invoking risk of torture upon return to Nigeria as basis for claim for consideration on compassionate, humanitarian grounds—Upon arrival in Canada in February 1991, applicant claiming refugee status on basis of political opinion, membership in particular social group—Claim rejected as applicant not found credible witness—Applicant involved in number of abortive immigration proceedings—On August 2, 1996, immigration officer rejected applicant's separate claim for residence under compassionate, humanitarian criteria of s. 114(2)—Immigration officer's discretion under s. 114(2) matter of judgment, discretion—Law giving applicant no right to any particular outcome—On issue of fettering of discretion, immigration officer permitted to look to Post Claims Determination Officer (PCDO)'s analysis—Immigration officer's decision under scrutiny came only one day after PCDO had rejected applicant's claim under Post Determination Refugee Claimants in Canada (PDRCC) class—Immigration officer violated procedural fairness by fettering discretion, failing to perform independent assessment—Acted unreasonably in not taking into account totality of evidence, namely medical evidence regarding torture, post-traumatic stress disorder (PTSD)—Case at bar exceptional, warrants judicial review—Uncontradicted documentary evidence Nigeria country where violations of human rights, including torture, rife—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2).

OGUNFOWORA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2761-96, Teitelbaum J., order dated 16/4/97, 12 pp.)

**COPYRIGHT****DAMAGES**

Whether Motions Judge erred in assessment of damages for copyright infringement—Appellant in business of

**COPYRIGHT—Concluded**

duplicating, distributing Asian language television programmes on video tapes—Respondent operating Fortune Book and Gift Store—Not licensed through Profekta to rent out TVB programme tapes—Pleaded guilty to one count of copyright infringement, fined \$50—Motions Judge awarding appellant \$9,500 in general damages, costs of \$2,500, but no exemplary damages—Appellant taking issue with both quantum of general damages, refusal to award exemplary damages—In order to justify appellate intervention with assessment of quantum of damages, there must be evidence of wrongly applied principle of law or award reached must be wholly erroneous—Motions Judge properly assessed general, compensatory damages against respondent by considering both fees paid by appellant's only legitimate licensee in Windsor, evidence on extent, timing of respondent's possession of TVB tapes—No basis for interference with general damages award—Exemplary damages should only be awarded in cases where combined award of general damages, aggravated damages insufficient to achieve goal of punishment, deterrence—Several reasons justifying Court's intervention herein—Respondent's conduct in continuing to violate copyright before injunction issued flagrant in light of criminal conviction earlier, warning issued to her by Profekta and irresponsible attitude—Compensatory damages award modest considering financial benefit obtained by respondent in violating copyright—Extra profit made by respondent in not paying license fees not to be ignored—Award of punitive damages required in addition to compensatory damages in order to punish respondent for flagrant conduct and to deter her, others from similar conduct in future—Amount of \$10,000 in punitive damages awarded—Appeal allowed in part.

PROFEKTA INTERNATIONAL INC. V. LEE (A-23-96, Linden J.A., judgment dated 30/4/97, 4 pp.)

**CROWN****TORTS**

Action for damages on basis of loss of ten-year rental contract—Plaintiff claiming: 1) defendant breached implied term of existing lease between parties and of agreement for renewal of lease; 2) defendant acted negligently by failing to negotiate in good faith for lease renewal; 3) defendant acted negligently by failing to exercise duty of care in conduct followed in dealing with plaintiff—Plaintiff owner of building in Ottawa (Martel building)—Mr. McMurray President, Chief Executive Officer of plaintiff—Defendant lessee of most of space in Martel Building since construction of building in 1975—Main user of rented space Atomic Energy Control Board—Anticipating August 1993 expiry of lease of Martel building space, Mr. McMurray, Ms. MacKillop, building manager, sought in early 1991 meeting with Mr. Séguin, Chief of Leasing for Department of Public Works, to discuss possible renegotiation, renewal of lease—

**CROWN—Concluded**

Plaintiff facing serious problems in dealing with Public Works—Causal linkage to claimed damages, loss of ten-year rental contract not sufficiently certain to allow Court to conclude plaintiff has met burden of proof in regard of breach of agreement for renewal of lease—Tort of failure to negotiate in good faith not established—Mr. McMurray lost opportunity to negotiate lease renewal—Also misled, perhaps inadvertently, into thinking Mr. Séguin had authority to commit Department—In negligence claim, first step to determine whether duty of care owed by defendant to plaintiff—Whether sufficiently close relationship between parties so that, in reasonable contemplation of defendant, carelessness on its part might cause damage to plaintiff—Relationship between parties herein supporting conclusion requisite duty of care existed—Parties had subsisting long standing lessor/lessee relationship—Lease contemplating possibility of renewal although no obligation to renegotiate—Defendant essentially only tenant since building first constructed—Dominant player in leasing of rental space in area where building located—Relationship between parties such that one could reasonably contemplate carelessness on part of defendant might cause damage to plaintiff—Second requirement to be met in negligence claim whether breach of duty of care—Defendant, as represented by various officers of Public Works, not acting reasonably in light of all circumstances—Standard of care breached—Plaintiff facing difficulty of proving causation—Lost opportunity to complete negotiations of lease renewal as result of defendant's employees actions—Market in downward spiral contributing to loss of lease opportunity—Plaintiff has not proven causal linkage to support damages claimed—Action dismissed.

MARTEL BUILDING LTD. v. CANADA (T-1273-93, Reed J., judgment dated 22/4/97, 32 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****CUSTOMS ACT**

Appeal under Customs Act, s. 68 from decision of Canadian International Trade Tribunal "air diffusers" imported by respondent should be classified under tariff item No. 8516.90.10 as parts of domestic hair dryers—Respondent imported air diffusers into Canada between March 24, 1992 and February 1, 1993—Air diffusers made of plastic, designed as attachment to hair dryers—Appellant determining imported goods properly classified under Tariff item No. 3926.90.90 as other articles of plastics—Tribunal finding in favour of respondent—Whether Tribunal erred in law in determining air diffusers parts of hair dryers rather than accessories to hair dryers—At relevant time, air diffusers rarely integrated into hair dryers—Often sold in combination with hair dryers—Not essential to function of hair drying with hair dryer but virtually essential to hair styling and to controlled hair drying—Sole use of air diffusers in conjunc-

**CUSTOMS AND EXCISE—Continued**

tion with hair dryers—Tribunal erred in law in determining air diffusers "parts" of hair dryers—Function of hair dryers not evolved to point where air diffusers essential element, component of hair dryers—Air diffusers remaining attachment, fitting, manufactured as such—Not integrated in manufacture of hair dryers into hair dryers themselves—Remaining accessories—Appeal allowed—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 68 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), s. 52).

DEPUTY M.N.R., CUSTOMS AND EXCISE v. DANNYCO TRADING LTD. (T-2084-94, Gibson J., judgment dated 28/4/97, 9 pp.)

**EXCISE TAX ACT**

Judicial review of Tax Court decision taxpayer not exempt from obligation to collect, remit Goods and Services Tax (GST) in accordance with Excise Tax Act; as not establishing "due diligence" in ascertaining legal obligations, required to pay six percent penalty imposed under s. 280—Taxpayer's business finding missing heirs to property of deceased persons—Through lawyer as intermediary, would negotiate fee based on percentage of value of property—Many heirs non-residents of Canada—Based on lawyer's "first impression" taxpayer assuming exempt from requirement to collect, remit GST—Ultimately Minister assessing taxpayer as owing \$36,000 including unremitted GST, interest, penalty—Taxpayer subject to Act unless engaged in business dealing with "exempt supply" such as "financial service" defined in part in s. 123(1)(d) as transfer of ownership of financial instrument—"Financial instrument" defined as "equity security" defined as "share of capital stock of corporation"—Application dismissed—Tax Court not erring in concluding services provided by taxpayer not tax exempt—No factual basis for argument services provided to non-residents "zero-rated" i.e. rate of tax 0%—Factual vacuum as to precise nature of services rendered by taxpayer to heirs—Taxpayer submitting "arranges" for provision of financial services identified in s. 123(1)(d),(e),(f) as contemplated by s. 123(1)(l)—Arguing entire supply deemed exempt if offering exempt supply in course of providing taxable supply flawed—S. 138 providing supply incidental to another supply treated as part of other supply—Service of locating property, heirs not incidental to indemnity services—As to due diligence finding, Tax Court's reasons simply placing on taxpayer obligation to have sought ruling from Department in more timely fashion—Right to invoke due diligence defence not matter of settled law in Federal Court—Minister's objections in this and other cases i.e. *Canada (Attorney General) v. 770373 Ontario Ltd.*, [1997] F.C.J. No. 153 (F.C.A.) to defence helpful for purposes of future litigation—By extrapolation from *R. on the information of Mark Caswell v. Corporation of City of Sault Ste-Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, taxpayers seek to import due diligence defence into s. 280—Minister

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

suggesting that type of analysis not according sufficient weight to fact that in *Sault Ste-Marie* penalty for conviction under provincial social welfare statute ranging from fine to imprisonment depending on whether first-time or repeat offender involved—Cases under Excise Tax Act, unlike *Sault Ste-Marie*, not reasonably characterized as quasi-criminal prosecutions pursuant to public interest legislation—In context of Customs Act, Court has refused to accord defence of reasonable care to importer whose goods seized, forfeited in light of erroneous declaration: *R. v. Letarte*, [1981] 2 F.C. 76 (C.A.)—Judge Bowman of Tax Court emerging as forceful advocate of existence of due diligence defence in context of s. 280 by distinguishing *Letarte*, case following it: *Pillar Oilfield Projects Ltd. v. Canada*, [1993] G.S.T.C. 49 (T.C.C.)—Minister questioning validity of distinction—Further objecting to availability of due diligence defence in context of s. 280 as Act specifically providing for such defence in s. 323 concerning liability of corporate directors—Implication that if Parliament granted right to raise due diligence defence in s. 323, presumably intended defence would not be available in conjunction with s. 280 which is silent on matter—In light of *M.N.R. v. Nassau Walnut Investments Inc.*, [1997] 2 F.C. 279 (C.A.) Minister conceding s. 323 not determinative of issue—Rather s. 323 raising rebuttable inference as to Parliament's intent in respect of s. 280—Minister maintaining due diligence defence frustrating purpose of s. 280, i.e. to serve as impetus for timely collection of amounts owing to Receiver General under Act, Part IX—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 123 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12), 280 (as enacted *idem*), 323 (as enacted *idem*).

LOCATOR OF MISSING HEIRS INC. v. CANADA (A-781-95, Robertson J.A., judgment dated 1/5/97, 12 pp.)

**ENVIRONMENT**

Application by Queen in right of Newfoundland for leave to intervene in judicial review proceedings—Applicants in main proceeding seeking to set aside Minister of Human Resources Development's decision authorizing provision of funds or financial assistance for construction, operation of Ptarmigan Trail in Nitassinan, Labrador and determining project not likely to cause significant adverse environmental effects as defined in Canadian Environmental Assessment Act—Grounds for intervention including that since relief sought presupposing existence of Aboriginal rights held by applicants in Mealy Mountains region of Labrador, obvious potential impact on property, civil rights within Province, and Province's ability to manage natural resources—In *Starr v. Puslinch (Township)* (1976), 12 O.R. (2d) 40, Divisional Court of Ontario High Court of Justice holding for party to be added sufficient if determination of dispute will directly affect third person in legal rights or in pocket—Application

**ENVIRONMENT—Concluded**

dismissed—Province not demonstrating outcome of dispute between applicants, respondents would directly affect legal rights or pocket—Province indirectly affected as essentially private project Province allowed to proceed—Applicants submitting case not concerning "constitutional" Aboriginal rights and Aboriginal territory except to extent Canadian Environmental Assessment Act recognizing rights—Applicants relying on s. 20(1)(a), hence on definition of "environmental effect" in s. 2, referring to "current use of lands and resources for traditional purposes by aboriginal persons"—To extent applicants limit, in so far as issue of Aboriginal rights concerned, arguments and evidence to what Act providing, no reason to allow Province to intervene—Any reference in main pleadings to Innu Nation's Aboriginal rights and Aboriginal territory, outside scope of ss. 2, 20 struck—Applicants entitled to refer to, invoke, lead evidence, concerning "current use of lands, resources for traditional purposes by aboriginal persons", but not so entitled in regard to "traditional aboriginal territory of the members of the Innu Nation who exercise aboriginal rights in the affected area" and in regard to their "constitutional priority rights to harvest"—Debate between applicants, respondents limited to those Aboriginal rights, if any, referred to in Act—Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, ss. 2 "environmental effect", 5(1)(b), 20(1)(a).

INNU NATION V. CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) (T-393-97, Nadon J., order dated 16/4/97, 10 pp.)

**EXTRADITION**

Application for stay of extradition to United States until after resolution of application for judicial review for order prohibiting Attorney General from surrendering applicant for extradition until resolution of claim for refugee status—Attorney General moved to strike applicant's originating notice of motion on ground Federal Court lacking jurisdiction over extradition matters—Applicant, citizen of U.S.A., alleges facing death penalty in Florida if extradited—Applicant alleging well-founded fear of persecution on basis of race as death penalty applied in discriminatory fashion against Hispanics in U.S.A.—Although Federal Court Rules, R. 419 not directly authorizing striking out of notice of motion, motion to strike appropriate where originating notice of motion so clearly improper as to be bereft of any possibility of success—Federal Court without jurisdiction to hear application for judicial review of extradition decision as ousted by clear and unambiguous terms of Extradition Act—Even if Court had jurisdiction, applicant has failed to prove entitled to interim relief sought—No serious issue to be tried to warrant interim relief—No possibility applicant can be considered Convention refugee and be permitted to remain in Canada—Claim for Convention refugee status

**EXTRADITION—Concluded**

ploy to evade inevitable—Filed application four years after first opportunity to do so and only after extradition order—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.

GARCIA V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-382-97, Teitelbaum J., order dated 15/4/97, 10 pp.)

**HUMAN RIGHTS**

Application to quash Canadian Human Rights Commission's decision to deal with 1992 complaint respecting pay equity—Canadian Human Rights Act, s. 41 requiring Commission to deal with complaint unless appears to Commission (a) alleged victim of discriminatory practice ought to exhaust grievance or review procedures otherwise reasonably available, or (d) complaint trivial, frivolous, vexatious, made in bad faith—Pay equity complaint filed in 1982—In 1985 parties agreeing pay equity issue should be resolved by agreement or arbitration—Pay equity aspects of 1985 agreement included in subsequent collective agreements in effect when 1992 complaint filed—Applicant submitting Canadian Postmasters and Assistants Association (CPAA) ought to have exhausted grievance, review procedures available under 1985 agreement—Also submitting 1992 complaint made in bad faith as CPAA agreed in 1985 agreement to withdraw 1982 complaint, received consideration for doing so, agreed to establish alternative process to deal with pay equity—Commission dismissing complaint in 1991—Application dismissed—If not plain, obvious to Commission complaint falling under grounds in s. 41 for not dealing with it, Commission should, with dispatch, proceed to deal with it—No dispute alternative procedure reasonably available when complaint filed—Whether ought to have been exhausted discretionary decision—Question of bad faith one of mixed law, fact—Judicial review of both decisions constrained by narrow scope for review mandated by s. 41, approaches outlined in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Williams*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.); *Attorney General of Canada v. Cumming*, [1980] 2 F.C. 122 (T.D.)—As to alternative procedures available, Commission's decision stating no other review procedures currently available to complainant more appropriate than complaint process—Appropriateness of alternative relevant factor for discretionary decision Commission required to make—Commission expressing concern about timeliness—Timeliness relevant consideration—No justification to interfere with Commission's exercise of discretion as not taking account of irrelevant considerations, failing to take account of relevant ones, or bad faith—As to bad faith, Commission not ignoring evidence in concluding CPAA not acting in bad faith—No indication CPAA reserving right to pursue 1982 complaint or right to file new complaints—If anything, comprehensiveness of CPAA's expression of satisfaction in 1985 agreement and attempted withdrawal of 1982 complaint suggesting opposite—Having regard to these

**HUMAN RIGHTS—Continued**

considerations Court's conclusion respecting bad faith may have been different than Commission's, but this information before Commission, considered by it—Act, s. 48 providing any settlement must be referred to Commission for approval, rejection—Both parties deemed to know law—CPAA could not have known Commission would continue investigation—No bad faith on this account—In view of prohibition against contracting out of Canadian Human Rights Act, Commission would have to proceed with utmost caution before dismissing complaint on this ground at early stage—Commission allowing itself to participate in extraordinary delay of matter arising 15 years ago—That Commission's resources stretched thin not satisfactory explanation for time elapsed—Where tribunal vested with such broad powers as Commission, concomitant duty to exercise powers responsibly—Responsible exercise of powers including timely exercise—Commission seemingly losing sight of importance of timeliness in resolving complaints—Keeping complaint alive while not taking any active steps to require parties to bring it to resolution—Begging question as to why Commission not efficiently monitoring parties' progress under 1985 agreement with effective case management or dealing with matter itself when concluded progress unsatisfactory—Commission must manage complaints in efficient, competent manner, including moving them forward on timely basis—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 41, 48.

CANADA POST CORP. V. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T-2788-94, Rothstein J., order dated 8/5/97, 17 pp.)

Application for judicial review of Canadian Human Rights Commission's (CHRC) decision dismissing applicant's complaint—Applicant alleging discrimination on part of Department of Veteran Affairs by releasing her from employment due to disability contrary to Canadian Human Rights Act, s. 7—Applicant commenced employment as Payment Support Clerk in Department on December 30, 1985—In April of 1989, began experiencing numbness, pain in right shoulder at base of neck—Assigned to special project to facilitate recovery—Left workplace until December 17, 1990—Unable to perform duties of job—On May 4, 1992, applicant advised by Department it would recommend she be released under Public Service Employment Act, s. 31 because of incapacity to perform duties—Department proceeding with applicant's release on September 23, 1992—Appeal Board allowing applicant's appeal on basis Department failed to accommodate her—F.C.A. holding powers of Appeal Board limited to those set out in enabling statute, Appeal Board not having authority to apply provisions of Canadian Human Rights Act—CHRC examined complaint and found no further proceedings warranted—Decision attacked herein—Canadian Human Rights Act, ss. 43, 44, 47 relevant herein—CHRC's decision to dismiss complaint administrative one—Incumbent upon courts to

**HUMAN RIGHTS—Continued**

determine content of procedural protections to be offered by board, tribunal by reference to all circumstances under which board, tribunal operates—CHRC, in dismissing complaint, need not comply with formal rules of natural justice—Only required to act fairly—CHRC only required to cross-disclose submissions containing facts which differ from those set out in investigation report, memoranda on basis of which said submissions prepared—Submissions herein mainly consisting in legal submissions on appropriate test for adverse effect discrimination—CHRC not breaching duty of procedural fairness in deciding not to cross-disclose them—Proper standard of review of decisions of CHRC on questions of law one of correctness—Determination of appropriate legal test for adverse effect discrimination question of law reviewable on standard of correctness—Decisions of CHRC on questions of fact only reviewable on standard of reasonableness—Where adverse effect discrimination occurs, duty on employer to take reasonable steps to accommodate complainant, short of undue hardship—Employer must demonstrate genuine efforts have been made, short of “undue hardship”, to eliminate adverse effect discrimination suffered by one of employees—Employer’s obligation to make genuine effort to accommodate employee, efforts consistent with type of work for which worker hired—CHRC applying appropriate legal test—Evidence upon which Commission could come to conclusion no further inquiry warranted—Documents before CHRC extensively described numerous efforts made by Department to accommodate applicant—CHRC’s finding not unreasonable—Reasonable for investigator, CHRC to conclude no reasonable steps could be taken by Department to accommodate applicant short of undue hardship—Application dismissed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 43, 44, 47—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 31.

HOLMES v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)  
(T-1229-96, Tremblay-Lamer J., order dated 8/5/97,  
21 pp.)

Appeal from trial judgment ((1996), 112 F.T.R. 98) dismissing appeal from Review Tribunal’s decision Human Rights Tribunal applied correct legal definition of *bona fide* occupational requirement (BFOR) under Canadian Human Rights Act, s. 15(a) in finding employer’s standards in respect of fitness constituted BFOR—Appellant deregistered by employer as longshore worker—Appellant’s disability, resulting from childhood accident, including speech impediment, awkward gait, lack of coordination in left extremities—Several work incidents raising questions as to productivity, ability to work safely—Appellant submitting BFOR established by impressionistic evidence without any or sufficient evidence of scientific or medical nature—Appeal dismissed—Although McIntyre J. in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202 lauded scientific evidence as to BFORs and warned of

**HUMAN RIGHTS—Concluded**

dangers of impressionistic evidence, also stated far from saying in all cases some “scientific evidence” necessary—Kind of evidence required matter of circumstances—Appellant alleging Trial Judge erred in failing to find description of him as “misfit” by Cahan, person directly responsible for dismissal, discriminatory—Counsel alleging Trial Judge also effectively calling appellant “misfit”—Cahan’s remark made in response to Commission investigator’s question, “Which other employee had been deregistered because they constitute a safety risk?”—Replied, “We did not deregister that many, because there are not many misfits in our work force”—Although indirect allegation appellant “misfit”, not made insultingly to his face and in fact made long after employed—Not made in relation to statutory ground of discrimination *viz.* disability—Cahan testifying never aware during time of appellant’s employment, relevant time for discriminatory discharge, even had disability—Use of “misfit” in relation to safety risks rather than to disabled—Trial Judge correctly holding “misfit” not showing employers prejudiced against Lee—To be discriminatory under Act, word must indicate prejudicial state of mind in relation to disability—Not doing so here because of Cahan’s lack of knowledge of appellant’s disability and wording of question replied to—Trial Judge’s one reference to appellant as “misfit” must be read in same non-pejorative sense in which describes himself as misfit in some contexts—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 15(a).

LEE v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION)  
(A-437-96, MacGuigan J.A., judgment dated 25/4/97,  
5 pp.)

**INCOME TAX****INCOME CALCULATION***Deductions*

Appeal by taxpayer from reassessment for taxation years 1978 to 1984—Taxpayer claiming deduction for manufacturing, processing profits under Income Tax Act, s. 125.1 as part of income from grain elevator operation in Port-Cartier, Quebec, derived from manufacturing, processing—Respondent disallowing s. 125.1 tax credit in each taxation year on grounds manufacturing, processing profits not at least 10% of company’s total profits, activities carried out at elevator, except grain cleaning, not manufacturing, processing within meaning of s. 125.1—Taxpayer located in Winnipeg, Manitoba, acting as accredited agent with Canadian Wheat Board, buyer of wheat—Income earned by taxpayer due to purchase of wheat solely commission earned, not price of wheat advanced by American company—Taxpayer not engaging in speculation on price of wheat—No commercial risk of losing money due to purchase—Money received for wheat purchase not increasing net worth of company, simply flowing through company—Taxpayer acting as agent on

## INCOME TAX—Concluded

behalf of American company—Four different types of grain elevators in Canada: primary elevator, process elevator, terminal elevator, transfer elevator—Port-Cartier elevator licensed as transfer elevator which receives grain, facilitates transfer to ocean going vessels for shipping overseas—Throughout transportation process ownership of grain remains with Canadian Wheat Board until transfer to buyer—Relationship one of bailee-bailor in which elevator maintains possession of wheat on behalf of Board until transfer to purchaser—In calculating manufacturing, processing profits, taxpayer included as qualifying activities laker revenue (all costs associated with transferring grain into elevator), conditioning costs (ventilating, fumigating, cleaning), and half revenues for port charges, stevedoring and storage—During taxation years, Minister treating revenues from grain elevator as revenues from partnership—Manufacturing, processing of good to be considered as whole, not divided into separate components—Goods processed, manufactured must be for sale or lease in Canada—Grain elevator in question used primarily for transportation purposes—Taxpayer paid for transportation service, not processing services—Processing herein for strict purpose of maintaining product, not improving it or changing it—Taxpayer performing service, not involved in production of goods for sale within meaning of s. 125.1—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 125.1 (as enacted by S.C. 1973-74, c. 29, s. 1).

RANGE GRAIN CO. V. CANADA (T-411-88, Wetston J., decision dated 7/3/97, 14 pp.)

Appeal from reassessment disallowing moving expense deduction—Move from principal residence in Penetanguishene, and secondary residence in Toronto, to Don Mills where new residence contained office used in carrying out business as author and inventor—Distance between Penetanguishene and Don Mills 155 kilometres—Appeal brought to F.C.T.D. rather than Tax Court to effectively reverse unfavourable Tax Court decision of *Bracken v. Minister of National Revenue* (1984), 84 DTC 1814, where Act, s. 62(1) interpreted as requiring four separate elements: old work location, new work location, old residence and new residence—Appeal allowed—*Giannakopoulos v. M.N.R.*, [1995] 3 F.C. 294 (C.A.) applied—Realistic, logical and in context with reality of Canadian life to understand person's residence might very well be same as work location, as herein—*Bracken* interpretation unrealistic, illogical and non-contextual, and, therefore, wrong in law—Taxpayer entitled to moving expenses—Uncommon patience which taxpayer endured in rectifying manifest error in *Bracken* special reason to award him costs—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 62(1).

TEMPLETON V. CANADA (T-2405-88, Campbell J., judgment dated 4/4/97, 6 pp.)

## LABOUR RELATIONS

Application for judicial review to quash decision of adjudicator finding respondent unjustly dismissed from position of Economic Development and Education Officer by Wolf Lake First Nation Band Council (interim award) and decision determining quantum of damages (supplementary decision) (eight months' salary plus personal expenses incurred in preparation of complaint, legal costs and interest)—Position eliminated due to alleged financial constraints while respondent on maternity leave—Subsequent to dismissal, Band Council received funding from Local Aboriginal Management Board in order to hire band member to perform functions identical to those performed by respondent—Allegation position discontinued not depriving adjudicator of jurisdiction pursuant to Code, s. 242 as adjudicator correct in finding employer's allegation of discontinuance not supported—Application dismissed—Application for judicial review of interim award out of time—Even if not out of time, findings of adjudicator should not be interfered with as ample evidence to support conclusions and as no error of fact or law—Respondent clearly let go for some reason other than financial difficulties and Band not able to meet burden of proof and demonstrate just or *bona fide* reason for dismissing her—No reasonable apprehension of bias—Adjudicator could not reserve jurisdiction to determine award if parties failed to reach agreement—When decided issue of unjust dismissal, was *functus officio* and applicant ought to have filed application for judicial review within 30 days of receiving decision—Code, s. 18, authorizing Board to review, rescind, amend alter or vary order or decisions made by it, not applying to adjudicator—Adjudicator appointed pursuant to Code, s. 242 not employee of Labour Canada—Fact adjudicator allowed into evidence letter considered later as possibly counterproductive not creating reasonable apprehension of bias—With respect to supplementary award—Letter by counsel for respondent not creating reasonable apprehension of bias—Issues raised therein properly before adjudicator during second hearing and all parties had opportunity to address issues and put evidence before adjudicator—Adjudicator awarding damages for unjust dismissal entitled to set amount of award—Award intended to compensate employee for damages actually suffered as result of dismissal—Would be error to limit award to amount of severance in case of justified dismissal based on Code, s. 235 or common law—Award not unreasonable and can be objectively justified—Lost remuneration: adjudicator did not compensate respondent for entire period of unemployment between date of dismissal and date of award even though Code allows for that—Therefore, quantum not calculated based on punitive principles, which is not permitted—Award of personal expenses not interfered with as nothing to establish decision reached in perverse or capricious manner or without regard to evidence—Legal costs awarded by adjudicator in view of respondent's dire financial circumstances, as would be equitable in order to remedy damage caused by former employer—No reason to interfere with

**LABOUR RELATIONS—Concluded**

award of legal costs and interest—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-1, ss. 18, 235 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.)), c. 32, s. 41), 242 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.)), c. 9, s. 16).

WOLF LAKE FIRST NATION V. YOUNG (T-1479-96, Nadon J., order dated 28/4/97, 28 pp.)

**MARITIME LAW****PRACTICE**

Motion to stay action pursuant to jurisdiction clause in favour of Hong Kong contained in bill of lading for carriage of lumber from Nanaimo, B.C. to Taiwan—Plaintiff claiming sum of U.S. \$395,865.92 for loss of, damage to lumber—Important issue identity of carrier—Bill of lading, on generic form, issued March 13, 1996 by Sinotrans, in favour of Taipei Business Bank, with Jian Sheng Co. Ltd., plaintiff herein, as plaintiff to be notified—Jurisdiction clause on reverse of bill of lading—Whether defendant, Great Tempo S.A., entitled to stay of Canadian proceedings in favour of courts in Hong Kong—Application denied—Jurisdiction clause contained in bill of lading void for uncertainty—Bill of lading not necessarily contract of carriage—Booking note herein containing superseding clause—Plaintiff not party to booking note, which was between shipper, McMillan Bloedel Limited and Sinotrans' principal—Jian Sheng Co. Ltd., as only plaintiff in proceeding, could not sue on portion of contract in booking note as not party to booking note—Jurisdiction clauses must be clear, precise before ought to be honoured—Nothing in bill of lading to identify carrier—Great Tempo S.A. apparent owner of *Trans Aspiration*, might be carrier—Main purpose of jurisdictional clause in bill of lading clear, precise designation of jurisdiction in which cargo owner ought to sue when carriage of cargo gone wrong—Jurisdiction clause herein offering no guide, certainty as to where action on bill of lading ought to be commenced—Jurisdiction not in Hong Kong by reason of uncertainties inherent in jurisdiction clause in bill of lading—Motion dismissed.

JIAN SHENG CO. LTD. V. TRANS ASPIRATION (THE) (T-2219-96, Hargrave P., order dated 7/4/97, 9 pp.)

Summary judgment—Motion pursuant to RR. 432.1 to 432.7 for summary judgment to dismiss plaintiff's action as disclosing no cause of action, or on basis charter-party terminated by letter, thus extinguishing plaintiff's claim for damages—In main action: invoking delay in providing ship for transport, plaintiff validly cancelled charter-party and found other transporter, then claimed difference between freight payable under two voyage charter-parties: \$173,000—Defendant filed counterclaim of \$500,000 for wrongful termination of charter-party—Motion dismissed—

**MARITIME LAW—Concluded**

On second ground: case law to effect charterer exercising option to cancel charter-party also entitled to claim damages from shipowner if, on particular facts of case, failure of vessel to arrive by cancelling date resulting from breach on part of shipowner of obligation to be ready to load by particular date—Herein, there was "expected ready to load" date and express obligation to proceed to port of loading—Plaintiff arguing estimated date not given honestly and upon reasonable grounds and defendants could not sail from last port on approach voyage so as to get to port of loading on time—Case law to effect exercise of right to cancel not depriving charterer of right to claim damages—Claim not "clearly without foundation" so that it "should not take up time and incur costs of trial": test for summary judgment formulated in *Feoso Oil Ltd. v. Sarla (The)*, [1995] 3 F.C. 68 (C.A.)—Genuine issue for trial with respect to plaintiff's claim for damages for failure to send nominated vessel to port of loading—Deciding issue will necessarily involve assessing factual evidence which parties will present—Furthermore, plaintiff never did waive right to claim damages—Nor can defendants succeed on first ground: statement of claim disclosing no cause of action—On basis of statements and exhibits attached to affidavit, including relevant charter-party, genuine issues warranting trial—Defendants cannot transform motion for summary judgment into motion to strike under R. 419(1)(a)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 419(1)(a), 432.1 to 432.7 (as enacted by SOR/94-41, s. 3).

MELSA INTERNATIONAL INC. V. WEST ISLANDS (THE) (T-2815-96, Nadon J., order dated 11/4/97, 12 pp.)

**PATENTS****PRACTICE**

Application for order preventing Minister from issuing notice of compliance to Novopharm Ltd. in respect of medicine "Metoprolol Tartrate" until expiration of patent "449"—Novopharm filing new drug submission (NDS) seeking notice of compliance—Comparing product to existing reference brand "Lopressor SR", but mistakenly filing declaration indicating comparing product to "Betaloc Durules" manufactured by plaintiff—NDS never changed to indicate substitution of Betaloc Durules for original comparison—Because of error, Novopharm sending notice of allegation to Astra—Subsequently Novopharm withdrawing notice of allegation—No longer allegation of non-infringement—Novopharm's NOC submission incomplete—(1) Court retaining jurisdiction despite withdrawal of notice of allegation: *Pharmacia Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 58 C.P.R. (3d) 207 (F.C.A.)—Existence of documentary piece of evidence neither adding to nor detracting from Court's jurisdiction—(2) Proceeding moot—Applicant's standing derived from Patented Medi-



**PATENTS—Continued**

cines (Notice of Compliance) Regulations, s. 6 because Novopharm serving it with notice of allegation pursuant to s. 5(3)(b)—But at time of hearing of application allegation withdrawn—S. 7 precluding issuance of notice of compliance if patent on patent list not expired and not subject of allegation—If 449 patent on list, withdrawal of allegation preventing Minister from issuing NOC—Order prohibiting Minister from doing that which already prohibited from doing according to Regulations adding nothing, unnecessary—S. 6(2) requiring court to issue order if allegations in notice of allegation not justified—Withdrawal herein not admission allegations not justified—Only effect of withdrawal to render proceedings moot—As order of prohibition having no practical effect on rights of parties as rights, obligations fully identified, clarified in Regulations application dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 5, 6, 7.

AB HASSLE V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-2167-93, Nadon J., order dated 7/3/97, 12 pp.)

Application for summary judgment in patent infringement action on ground claim 1 broader than any invention made or disclosed—Two preliminary issues: whether defendant can rely on transcript of examination for discovery of inventor/assignor; whether can rely on supplementary affidavit of defendant's expert as relating to corresponding foreign patents, file wrappers—Federal Court Rules, R. 494(9) permitting party at trial to use examination for discovery of another party as evidence against other party—By inference examination for discovery of inventor, who was not party to action, could not be used at trial by defendant as evidence against plaintiffs—Inappropriate to allow defendant to rely on evidence on motion for summary judgment, whether or not "other evidence" within meaning of RR. 432.1, 432.2, that not entitled to rely on at trial—Defendant cannot rely on foreign patents, filewrappers: *Amfac Foods Inc. v. Irving Pulp & Paper Ltd.* (1984), 83 C.P.R. (2d) 59 (F.C.T.D.); aff'd (1986), 12 C.P.R. (3d) 193 (F.C.A.)—As to main issue of whether summary judgment should issue in favour of defendant, although "what is invention" question of construction, expert opinion contradictory—As in *Hayden Manufacturing Co. v. Canplas Industries* (1996), 68 C.P.R. (3d) 186 (F.C.T.D.), clearly case where credibility of expert evidence should be tested through *viva voce* testimony and cross-examination thereon—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 432.1 (as enacted by SOR/94-41, s. 5), 432.2 (as enacted *idem*), 494(9) (as am. by SOR/90-846, s. 21).

AMERICAN CYANAMID CO. V. BIO AGRI MIX LTD. (T-2479-93, Gibson J., order dated 10/4/97, 9 pp.)

**PATENTS—Concluded**

Applicants argue if they can prove process underlying Apotex's allegation of non-infringement not commercially workable or reliable from safety standpoint, it will show Apotex does not intend to go to market with product by process disclosed in notice of allegation, but with product produced by some other undisclosed process—Commercial workability and safety concerns not matters relevant to justification of allegation of non-infringement made pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations—Furthermore, applicants' position tantamount to allegation of fraud—Notion that Apotex could obtain NOC by reference to specified process and circumvent Regulations by thereafter going to market with product produced by another process preposterous—Allegation of this type must be proven and cannot rest on mere insinuations—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

PFIZER CANADA INC. V. APOTEX INC. (T-442-96, Noël J., order dated 14/4/97, 3 pp.)

**PRACTICE****APPEALS AND NEW TRIALS**

Mootness—Death of appellant—Appellant, convicted of war crimes in Czechoslovakia, escaped custody and entered Canada in 1950 without disclosing that information—When matter came to light and appellant faced deportation, Adjudicator decided appellant could not be deported as had acquired domicile—Motions Judge overturned decision on basis could not have acquired domicile as had not been lawfully admitted to Canada and had not been "landed", therefore could not benefit from protection of Immigration Act, s. 19(1)(e)(viii) ([1997] 1 F.C. 260 and [1996] 3 F.C. D-4)—Three questions certified—Appellant died after appeal fully argued on merits but before judgment could be rendered—Appeal dismissed as moot—Issue whether Court should, despite mootness, exercise discretion to render judgment in accordance with *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342—Three rationales for enforcement of mootness doctrine—(1) Need for adversarial context not determinative herein as issues in appeal fully argued by parties and intervenors—(2) Consideration of second rationale (concern for judicial economy) leads to exercise of discretion against rendering judgment—Not case where decision would have practical effects on rights of parties—Not case of recurring nature but brief direction—Issue of public importance involved in appeal not, of itself, sufficient to overcome mootness as no special circumstances making it worthwhile to apply scarce judicial resources to resolve it—(3) While issues of statutory interpretation involved herein within Court's traditional law-making role, Court not ultimate arbiter of dispute involved in appeal, role belonging to Supreme Court of Canada—Regardless of whether appeal

**PRACTICE—Continued**

allowed or dismissed, counsel could not be instructed on seeking or opposing possible application for leave to appeal to Supreme Court or in arguing merits of appeal there—Immigration Act, The, R.S.C. 1952, c. 42, s. 19(1)(e)(viii).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. NEMSILA (A-782-96, Stone J.A., judgment dated 27/5/97, 16 pp.)

**JUDGMENTS AND ORDERS**

Motion under R. 5 to determine whether Trial Judge, Rouleau J., *functus officio*—Rouleau J. issuing judgment in favour of plaintiffs on June 9, 1988—On December 9, 1989, assessment of damages made by Rouleau J. pursuant to judgment of June 9, 1988—RCMP conducting raid on head office of Ross Brothers (1975) Inc. in April 1979—Seizing quantity of jewellery during raid—Rouleau J. holding defendant's servants did not comply with express provisions of Customs Act, seizure illegal, invalid—Allowing plaintiffs 25% in value of seized jewellery deemed more saleable—Failure on defendant's part to permit selection by plaintiffs giving rise to application for recovery in damages of 25% of total sum of \$720,000 plus simple interest at 6% per annum—Rouleau J. turning mind to giving plaintiffs compensation in kind, damages—No absolute alternative award for compensation—Decision clear plaintiffs to be compensated for illegal seizure by getting back articles illegally seized—Rouleau J. turned mind to all relevant issues, made determination—Nothing left for him to do—Rouleau J. *functus officio*—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 5—Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40.

TERRASSE JEWELLERIES INC. v. CANADA (T-813-83, Nadon J., order dated 16/4/97, 9 pp.)

**PARTIES***Joinder*

Motion to add as defendants four employees of defendant—Statement of claim alleging plaintiff's vessel capsizing, sinking on August 3, 1994 as result of negligence of defendant, employees—Despite four timely, unanswered letters requesting names of employees, and two requests for affidavit of documents, plaintiff not learning names of employees until examination of plaintiff's president on October 16, 1996—Federal Court Rules, R. 1716(2)(d) permitting Court at any stage of action to add party whose presence before Court "necessary to ensure all matters in dispute in action may be effectively, completely determined, and adjudicated upon"—British Columbia Limitation Act, s. 4(1)(d) providing lapse of time for bringing action no bar to adding new defendant "under any applicable law" with respect to claims relating to or connected with subject

**PRACTICE—Continued**

matter of original action—Plaintiff submitting R. 1716 "any applicable law" needed under s. 4(1)(d)—Motion dismissed—Test under R. 1716(2)(b) whether intended party necessary to effectively, completely determine, adjudicate matter in dispute—R. 1716 discretionary—R. 1716 ought to be interpreted broadly as generally, amendment ought to be allowed so long as sought in good faith and will do no injury to other side not compensable in costs—Employees necessary witnesses, but not necessary parties—As employer, defendant vicariously liable for negligence of employees—Nothing suggesting corporate defendant unable to pay, plaintiff would have to look to employees personally for payment of damages—Alternatively, if action failing against corporate defendant, unlikely would succeed against employees as nothing suggesting accident occurring other than in course of employment—Although examination for discovery of employees directly more efficient, not making them necessary parties—If examination for discovery of president of corporate defendant unsatisfactory, remedy second examination for discovery of someone more suitable—Not in interests of justice to add employees as causing proposed defendants to incur substantial costs without affecting outcome—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1716(2)(b)—Limitation Act, R.S.B.C. 1979, c. 236, ss. 4(1)(d), 6(3).

ATLEO V. NEPTUNE PACKERS LTD. (T-360-96, Hargrave P., order dated 5/3/97, 6 pp.)

Judicial review proceeding seeking to prohibit Minister of Transport from issuing temporary exemptions to allow two Russian Kamov KA32A helicopters from being operated in Canada—VIH Logging Ltd., competitor of applicant, selected by manufacturers, Kamov Company of Moscow, to operate both helicopters—VIH seeking to be party to proceedings to protect interests, to answer allegations made by Coulson firm—Interested person defined by R. 1600—VIH ought to have opportunity to defend itself, position, but has fallen between cracks if not gaps in present Rules—No decision of Minister of Transport to review as yet—VIH, not having appeared before decision-making body whose decision to be judicially reviewed, cannot claim status of interested person with right to be joined as party under R. 1602(3), even though VIH may be directly affected by outcome of proceedings—VIH ought to have remedy to refute alleged charges, *innuendo* directed by Coulson to VIH's customers of operation of unsafe helicopters—VIH, as helicopter operator with 1400 hours of heli-logging experience using prototype KA32T, will bring different alignment, perspective to matter—Court should, in interests of justice, hear VIH so as to effectively, completely adjudicate upon matter—To allow VIH to be shut out of proceeding would be to allow abuse of process—No access for VIH by way of R. 1603(2) or R. 1611—VIH therefore added as party respondent under RR. 5, 1716(2)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 5, 1600 (as enacted by

**PRACTICE—Continued**

SOR/92-43, s. 19), 1602 (as enacted *idem*), 1603 (as enacted *idem*), 1611 (as enacted *idem*), 1716(2).

COULSON AIRCRANE LTD. v. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT) (T-403-97, Hargrave P., order dated 2/5/97, 10 pp.)

## PLEADINGS

*Motion to Strike*

Application to strike out statement of claim on ground not filed within 90-day limitation period prescribed by Customs Act, s. 135—Notice of contravention of Customs Act addressed to “Satellite Supply Division”, attention of Mr. David Woodall, sent by registered mail on October 30, 1996—Received November 4, 1996—On January 24, 1997 plaintiff, sending statement of claim appealing Minister’s decision to Registry of Federal Court in Ottawa—Received January 30, 1997—Federal Court Act, s. 48(2) providing originating document may be filed by being forwarded by registered mail to Registry—Plaintiff stating s. 48(2) not requiring physical receipt by Registry—Submitting appeal not initiated out of time as notice of ministerial decision only physically received on November 4, 1996 and statement of claim sent by registered mail January 24, 1997—Issues dates on which statement of claim deemed filed, notice of ministerial decision deemed received—Application allowed—Plaintiff’s submission untenable—“Filing” achieved on date on which received by Registry in accordance with case law, language of Federal Court Act regarding “filing”—R. 2(1) defining “file” as “file in the Registry”—Contemplating more than simple mailing by registered mail—“In the Registry” suggesting document must be received “in” Registry before considered filed—Had Parliament intended filing to have been achieved by simply sending documents by registered mail, would have said so—S. 48(2) merely offering alternate means by which individual may deliver to Registry document to be filed—R. 200(5) providing document may be filed by depositing it in office of Registry by mail, but not regarded as having been deposited until physically reaching office—R. 201 requiring maintenance of file duly stamped to show date and timing of receipt—These provisions indicating “filing” only achieved after physically received—Case law not supporting plaintiff’s argument—Statement of claim not filed until received on January 30, 1997—Addressee’s name used that under which plaintiff carrying on business and had been used by it in part in previous correspondence for purpose of requesting, receiving notice from Minister—Where person requesting Minister’s decision pursuant to s. 131, notice of decision sent to that person by registered mail to latest known address, notice effective on date of mailing in accord with ss. 137, 149—Notice of Minister’s decision given October 30, 1996—Initiation of proceedings not within 90-

**PRACTICE—Continued**

day limitation period—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 48—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 2(1) “file”, 200(5), 210—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 131 (as am. by S.C. 1993, c. 25, s. 84), 137, 149.

928412 ONTARIO LTD. v. CANADA (T-170-97, MacKay J., order dated 6/5/97, 9 pp.)

## PRIVILEGE

Appeal from A.S.P.’s decision dismissing defendants’ motion to compel production of certain patent files (correspondence between American in-house counsel of plaintiffs operating in U.S.A. and Canadian patent agent entrusted with prosecution of plaintiffs’ Canadian patents) on ground documents subject to solicitor-client privilege—Documents relevant to current litigation but not written in contemplation of litigation—A.S.P. stated privilege existed because plaintiffs’ American lawyer had specifically requested information received from Canadian patent agent in order to later provide advice to client—Appeal allowed—A.S.P. erred in law in holding documents did not have to be produced—Overriding and conclusive Canadian case law communications between client and patent agent not privileged, unless documents prepared through medium of client’s solicitor if made in contemplation of litigation—Where no inkling of any contemplation of litigation, as herein, even stronger argument for withholding solicitor-client privilege from correspondence of patent agent—Another reason to withhold privilege: American lawyer not competent to give advice to American clients on Canadian patent law on basis of information provided by Canadian patent agent—*Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860 interpreted.

WHIRLPOOL CORP. v. CAMCO INC. (T-2028-95, Teitelbaum J., order dated 11/4/97, 6 pp.)

## STAY OF PROCEEDINGS

Application to stay Campbell J.’s declaration ([1997] 1 F.C. 874) pending appeal—In 1990 Minister ordering implementation of individual vessel quotas (IVQ) for halibut fishery on west coast—IVQ implemented for 1991 fishery, continuing since then—IVQ allotted on basis of formula under which 70% based on best year of historical catch of current licence owner for 1986 to 1989 and 30% based on vessel length—Current Owner Restriction (COR) in formula resulting in some licence holders being shut out of best year of historical catch for four-year period—Campbell J. holding 1990 decision to implement COR unlawful, nullity; declaring each subsequent similar decision also unlawful, nullity—Court of Appeal granting Pacific Coast Fishing Vessel Owners’ Guild intervenor status in appeal—Application denied—Criteria in *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311 applied—(1)

**PRACTICE—Concluded**

Intervenor having arguable case—Submission to be made to Court of Appeal not frivolous—Had Court of Appeal thought what intervenor intending to submit frivolous, would not have allowed intervention—(2) Intervenor not establishing members will suffer irreparable harm if decision not stayed—Department of Fisheries and Oceans (DFO) having discretion to institute quota system without COR, on any basis Minister in his discretion considering fair to all licence holders—Not indicating irreparable harm to any particular group, whether plaintiffs or intervenors—Applicants alleging if appeal successful, will be significant pressure on DFO to reinstate any losses incurred by 395 licence holders, and to adjust everyone's IVQ in subsequent years to redress loss, thus increasing administrative burden on DFO—Inconvenience to DFO not harm, let alone irreparable harm to intervenor—Pressure to adjust IVQ in subsequent years indicating no irreparable harm to any of parties because regardless of what happens quota can be readjusted—If Campbell J.'s decision so flawed that giving effect to order would cause chaos to halibut fishery, defendants would surely have applied for stay themselves—In fact defendants saying will not be irreparably harmed as capable of managing halibut fishery whether or not stay granted—If Campbell J.'s decision overturned by Court of Appeal, Minister in setting quota for following years could increase quota of each licence holder having loss because of decision of Campbell J.—(3) Balance of convenience lying with plaintiffs—Plaintiffs deprived of part of their fish quota for six years—"Their fish quota" because COR aspect of IVQ declared invalid, discriminatory, remaining so until Court of Appeal deciding otherwise—Only irreparable harm would be to plaintiffs, who have decision in their favour—Should not have to wait additional year to get proper fishing quota.

CARPENTER FISHING CORP. v. CANADA (T-554-91, Teitelbaum J., order dated 4/3/97, 16 pp.)

**PUBLIC SERVICE****APPEALS**

Application for judicial review of Appeal Board's decision under Public Service Employment Act—Respondents holding position of "unit head" in Halifax office of Revenue Canada—Position treated as obsolete by Revenue Canada, replaced with new "team leader/co-ordinator" position—Competitions held under Act, s. 10(1) to staff position—Respondents unsuccessful in competitions—Appeal Board determining position not new—Allowing respondents' appeals—Revenue Canada categorizing all jobs into three categories—For jobs categorized as review and update, no staffing required—For jobs to be reclassified with incumbents already in positions, staffing action taken under Act, s. 10(2)—For jobs categorized as new, staffing action taken under Act, s. 10(1)—Appeal Board has to make objective

**PUBLIC SERVICE—Continued**

factual determination of whether newly designated job new or has merely undergone changes of minor nature not requiring new qualifications on part of incumbent—Issue whether position of team leader/co-ordinator new position one to be determined objectively as matter of fact by Board—Change in classification of position not depriving Board of jurisdiction to determine whether, in reorganization, position new—Board's finding team leader/coordinator position not new not affecting classification decision, therefore within Board's jurisdiction—Finding based on evidence before it—No reasonable basis for assertion Board's finding erroneous, made in perverse, capricious manner, without regard to material before it—Act, s. 10(2), Regulations, s. 4(2) not to be construed as mandatory—Employment should be based on merit tested by competitions—Object of Act to ensure best person be placed in every available position—Parliament, Governor in Council intended that, in circumstances of Regulations, s. 4(2)(b)(ii), government has option of not holding competitions—Revenue Canada having discretion to staff positions by competition under s. 10(1) even where positions might be staffed on basis of competency under Act, s. 10(2), Regulations, s. 4(2)—Revenue Canada's discretion not unfettered, must be exercised in good faith, in accordance with principles of natural justice—Matter remitted to Appeal Board for redetermination—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 10—Public Service Employment Regulations, 1993, SOR/93-286, s. 4(2).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. LAIDLAW (T-692-96, Rothstein J., order dated 9/4/97, 13 pp.)

**JURISDICTION**

Judicial review of Public Service Commission Appeal Board's decision lacking jurisdiction to hear appeals as positions against which appeals brought assignments, not appointments—After closed competition two employees performing same functions for same salary in different geographical location (Hull) for six months—Applicants relying on *Wilkinson v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)*, [1984] F.C.J. No. 1045 (C.A.); *Lucas v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)*, [1987] 3 F.C. 354 (C.A.) in support of argument positions appointments disguised as assignments to circumvent merit principle—*Canada (Attorney General) v. Brault*, [1987] 2 S.C.R. 489 holding appointment created when change in functions of such significant or substantial nature as to call for additional or special qualifications requiring evaluation—As Hull positions requiring performance of essentially same functions, not appointments—*Doré v. Canada*, [1987] 2 S.C.R. 503 holding substance must prevail over form—Given Supreme Court of Canada's findings in *Doré*, *Brault*, proposition articulated in *Wilkinson* i.e. lateral transfer should be regarded as appointment, necessarily

**PUBLIC SERVICE—Concluded**

qualified to include consideration of both time frame, actual functions performed in new positions—Thus lateral transfer regarded as appointment only if different functions performed in new position and if new position becoming one of such significant, indefinite duration as may be presumed to confer distinct advantage upon incumbent—As this case involving performance of no new functions, and because incumbents occupying new positions only for short, finite time, *Wilkinson* proposition, modified by two subsequent Supreme Court of Canada decisions, not successfully relied upon to suggest creation of appointment herein—Federal Court of Appeal deciding *Lucas* prior to *Brault, Doré* decisions—*Lucas* distinguishable on facts as therein incumbent's substantive level changed, entitled to increased salary, acquired different functions, occupied position for one-year period—Application dismissed.

ROBERTS v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)  
(T-2046-95, Denault J., order dated 1/5/97, 6 pp.)

**TRADE MARKS****INFRINGEMENT**

Action for injunctions to prevent defendants from using capsules of same size, shape, colour as those used by plaintiffs for fluoxetine hydrochloride ("Prozac") on ground passing-off of wares contrary to Trade-marks Act, s. 7(b)—Flouxetine hydrochloride used to treat depression, obsessive-compulsive behaviour such as bulimia, autism—Lilly U.S. held product-by-process patent for fluoxetine—Patent expired March 20, 1996—Lilly Canada only supplier to Canadian market between January 1989 and March 20, 1996—January 1991 agreement giving Lilly Canada right to make, use, distribute, sell Lilly products, and to use, in relation thereto certain trade-marks, brand name, house marks belonging to Lilly U.S.—In anticipation of expiry of patent Lilly Canada entering into agreement with PMS on June 30, 1995 licensing PMS to distribute, sell generic version of fluoxetine—PMS acknowledging product appearance trade-marks of Lilly Canada—January 1991 agreement amended in 1995 to confirm Lilly Canada always licensed by Lilly U.S. to use product appearance—November 10, 1995 amendment to June 30, 1995 agreement granted to PMS right to use product appearance—Prior to *Ciba-Geigy Canada Ltd. v. Apotex Inc.*, [1992] 3 S.C.R. 120, similarity in appearance of prescription medicines not giving rise to passing-off action as pharmacists, dentists, physicians (customers for products) neither choosing products by appearance nor confused by similarity of appearance—*Ciba-Geigy* holding also relevant to consider ultimate consumer, patient, when deciding whether passing-off occurred—Physician's choice in prescribing particular drug not made by reference to appearance—While pharmacists not normally stocking brand of drug by reference to appearance, PMS fluoxetine exception—As long as only generic brand

**TRADE MARKS—Continued**

having same size, shape, colour as Prozac, pharmacists stocking PMS product because meaning fewer explanations to customers—Different coloured capsule leading customers to question whether correct drug prescribed—Normally customer not seeing size, shape, colour of capsules until after purchase—No difference in quality between defendants' generic fluoxetine products and Prozac or PMS-fluoxetine—Appearance of medication can affect patient's belief as to effectiveness, thus influencing effectiveness—Neither two-colour capsule nor colours chosen for Prozac inherently distinctive—Defendants choosing to copy innovator's capsule appearance because appearance associated with type, dosage form of drug—Denying intention to pass products off as plaintiffs—Body ends, size in some cases, printing on defendants' capsule differing from plaintiffs—In passing-off case necessary to consider potential as well as actual customers—Identification of potential customers difficult—Past, present Prozac users only persons exposed to appearance of capsule—Little association between capsule colours and source, Prozac name and actual colours of capsule, capsule colours green and pale yellow and Prozac name—Public policy considerations: patients having right to know brand of drug receiving and if different brands coming in different capsule colours consumers would have ready means of identifying them, versus safety role of having same drugs, various dosage forms thereof produced in same capsule size, shape, colour thus enabling patient, health care professionals to readily identify possible dispensing errors and enabling patients, particularly elderly, to distinguish between medications—Action dismissed—Accepting expert's evidence in affidavit form not giving it any more weight than if presented orally—Merely procedural mechanism to shorten trial—Evidence still evaluated by usual standards, including demeanour under cross-examination—Canada Evidence Act, s. 7 allowing only five witnesses to give opinion evidence on either side—Interpreted as referring to expert opinion evidence only and as limiting evidence to five witnesses per subject-matter or factual issue in case, not five witnesses in total—Not dealing with separate actions being heard concurrently; no cases dealing with meaning of "side"; treating "side" as synonymous with party leading to unreasonable result—Such matters should be dealt with when application to set cases down for concurrent hearing made—Plaintiffs ordered to provide more information by way of discovery to defendants concerning case required to meet—Concerning objection as case management order denying such disclosure, Trial Judge may become aware of circumstances, information not always available to case management judge—Litigation operating best as dispute resolution process when surprise at trial kept to minimum—Trade-marks Act, s. 50 providing if entity licensed then use of trade-mark by that entity deemed always to have had same effect as such use by owner—If Lilly Canada licensed user of capsule appearance and capsule appearance trade-mark, then use enuring to benefit of Lilly U.S.—1991 agreement not granting to Lilly Canada right to use capsule appearance as trade-mark, but authorizing access to informa-

**TRADE MARKS—Continued**

tion needed to make capsules—In light of provision agreement constituting definitive agreement on subject-matter, precluding modification, amendment except by written document, no scope for oral agreement regarding use of capsule appearance as trade-mark outside terms of written agreement—Right to use capsule appearance as trade-mark not mentioned in agreement—At time of signing (prior to *Ciba-Geigy*) likely not thinking possible for capsule appearance to be trade-mark—Lilly U.S. controlling Lilly Canada's use of capsule appearance—Not meaning direction given to use capsule appearance as trade-mark—Pleadings not asserting reliance on Lilly Canada's unlicensed use as basis for rights accruing to Lilly U.S.—Submission only raised at last moment in argument—S. 50(1) read in light of pre-existing registered user provisions replaced—Curing situation in which licence existing but not registered—Not deeming use prior to granting of licence to be use enuring to benefit of owner—Use of capsule appearance in association with two different trade source designations, by definition, creating lack of distinctiveness—On this fact alone plaintiffs' claim must fail—S. 7(b) prohibiting directing public attention to wares in such way as to cause confusion with wares of another—To succeed in passing-off action plaintiffs must prove misrepresentation by defendants to prospective customers or ultimate consumers—Appearance of defendants' capsules not leading customer to request defendants' products rather than those of plaintiffs—Capsule appearance not used in market place as identifier by which consumer choosing one brand of fluoxetine over another—Defendants choosing to use same capsule colours as plaintiffs to identify medicine as therapeutically equivalent to plaintiffs' product, not to represent to public products are plaintiffs—Misrepresentation can exist without intention to misrepresent, but no intention to misrepresent herein—Capsule appearance not playing such role—In passing-off action plaintiff must prove goodwill in trade-mark or get-up—Goodwill arising from fact trade-mark associated in mind of purchasing public with plaintiffs' goods or with one trade source—Plaintiffs not proving capsule appearance acquiring requisite reputation in market place as distinguishing feature of product—Must still demonstrate likelihood of confusion arising from defendants' use of capsule appearance similar to that used by plaintiffs—Must be some evidence to support finding of likelihood of confusion—No evidence of actual confusion—Plaintiffs not proving on balance of probabilities defendants' sale of fluoxetine in capsules having similar appearance to those of plaintiffs would result in any significant likelihood of confusion—Cases cited from other jurisdictions dealing with appearance of prescription medicines distinguished as prescribing, dispensing, marketing practices different—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 7(b), 50 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 69)—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 7.

ELI LILLY AND CO. V. NOVOPHARM LTD. (T-2432-95, Reed J., judgment dated 25/4/97, 72 pp.)

**TRADE MARKS—Concluded**

Whether shape of invention for which patent expired can be subject to trade-mark rights—Summary judgment—Main action alleging infringement of trade-mark consisting of distinctive oval shape for head of cable tie and of words "Barb tie"—Patent for cable tie expired—Present motion, pursuant to R. 432.3, seeking order for summary judgment dismissing action on basis no genuine issue for trial (oval-shaped cable tie preferred embodiment of now expired patent and therefore not subject to trade-mark rights; no use of alleged trade-mark "Barb tie" in Canada)—Motion granted; action dismissed—On expiration of patent, public at liberty to utilize invention to full extent and in precisely same way as patentee entitled to utilize it while patent remained—Patentee cannot assert trade-mark rights to very way expired patent directs public to make invention—Good policy reasons not to extend monopoly of patent in that manner—To require manufacturer to experiment with different configuration or to establish that configuration primarily functional would be to narrow use which can be made of invention disclosed in expired patent—Oval configuration of head described by inventor in patent application as preferred embodiment—Patentee has said successful use of invention has oval head—Plaintiff now asserting oval shaped head distinguishing guise which cannot be copied—Patentee cannot rely on any distinctiveness its dress-up may have acquired during period of monopoly to deny public full use of invention disclosed in its expired patent—Patentee can rely on other ways to distinguish source of its goods—Furthermore, no evidence produced by plaintiff establishing use of trade-mark in Canada—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 432.3 (as enacted by SOR/94-41, s. 3).

THOMAS & BETTS, LTD. V. PANDUIT CORP. (T-1415-96, Richard J., order dated 23/4/97, 22 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Applications for judicial review of Tax Court Judge's decisions on grounds of failure to follow proper procedure for appeals from ministerial determinations made pursuant to Act, s. 3(2)(c)(ii) (exception to excepted employment because of non-arm's-length dealings between employer and employee)—Application dismissed—Two-stage inquiry by Tax Court: first into legality of Minister's decision, and subsequently, if grounds for interference by Court established, into whether decision wrong—Tax Court not bound by Minister's findings of fact: *Tignish Auto Parts Inc. v. Minister of National Revenue* (1994), 185 N.R. 73 (F.C.A.) and Act, ss. 70 and 71—No manifest error in Tax Court Judge's findings of fact or conclusion Minister's determination not supportable.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. JOLYN SPORT INC. (A-96-96, Hugessen J.A., judgment dated 24/4/97, 5 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded**

Application for judicial review of Umpire's decision unemployment insurance benefits should be paid to teacher on year's unpaid leave of absence—Application allowed—Case governed by *Canada (Attorney General) v. Taylor* (1991), 81 D.L.R. (4th) 679 (F.C.A.), unaccountably not drawn to Umpire's attention, holding unemployment insurance benefits for teacher absent from work through illness should not be paid for non-teaching vacation periods because of provisions of Unemployment Insurance Regulations, s. 46.1(2)(a)—Applicant herein, on one-year leave of absence, clearly continued to be employed by Board and had right to return at end of year, and so does not qualify for exception (termination of contract of employment)—S. 46.1(2)(a) fully authorized by Act, s. 44(h)—State of law illogical: makes no sense to deny teacher, on year's unpaid leave of absence, unemployment insurance benefits only for usual teachers' vacation weeks while allowing benefits for every other week in year, as here—Court expressing hope s. 46.1(2)(a) will be amended before it comes before Court again—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 46.1(2)(a)—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 44(h).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. DONACHEY  
(A-411-96, MacGuigan J.A., judgment dated 8/5/97,  
4 pp.)

**VETERANS**

Application for judicial review of Veterans Review and Appeal Board (VRAB) decision refusing to reconsider, in light of new medical evidence, earlier decision of Veterans Appeal Board (VAB)—In 1958, while serving in military, applicant had driving accident and endured neck pain—Allegedly continued to experience minor neck pain since but did not seek medical attention for injury until 1988—X-Rays revealed some evidence of cervical disease—Radiologist diagnosed cervical deterioration as not unusual for 50-year-old—Applicant then sought veteran's disability pension based on 1958 military road accident—Applicant's claim rejected by Pension Commission on basis disability found to be age-related and not connected to military service—Appeal to Entitlement Board of Canadian Pension Commission dismissed in 1990—Soon thereafter, applicant asked orthopaedic surgeon to review case—Latter found applicant's gradually increasing neck pain usually associated with traumatic injury to cervical discs and that disability could be traced to 1958 accident—In 1991, VAB refused to overturn Entitlement Board's decision—Despite orthopaedic sur-

**VETERANS—Concluded**

geon's second report submitted in 1993 with applicant's request for VAB to reconsider earlier decision, VAB refused to reconsider—In 1995, applicant sought medical opinion of another specialist who concluded more likely than not, or probable, accident played significant, causative role in present cervical problem—Latter report cited in request to VRAB to reconsider VAB's decision—VRAB found new evidence not adding anything to claim not already considered by previous Tribunal in 1994—Application allowed—VRAB committed jurisdictional error and acted contrary to Veterans Review and Appeal Board Act, ss. 3 and 39 when failed to draw from evidence every reasonable inference in favour of applicant—Last specialist's evidence raising reasonable inference applicant's neck disease may have been attributable to 1958 military accident—Criteria for new evidence in *Palmer et al. v. Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759 met—VRAB also violated procedural fairness as failed to inform applicant of his right to request oral hearing (Regulations, s. 3 and Act, s. 28(1)—And VRAB applied incorrect principle of law concerning test for when it could reconsider new evidence on its own motion—Act, s. 111 providing VRAB can reconsider earlier decision if determining error made with respect to any finding of fact or interpretation of any law whereas VRAB stated would not review earlier decision as new evidence speculative and did not outweigh medical evidence already considered on case—VRAB, to properly exercise its statutory mandate under s. 111, must look to potential errors of fact or law in earlier decision under reconsideration and examine its merits—Effectively in reconsideration, VRAB required to look backwards to substance of earlier decision—However, not for Court in current proceedings to conduct full-fledged judicial review of 1994 VAB decision—Discussion of how VRAB should have exercised its discretion if it had considered proper criteria for reconsidering earlier decision of its own motion—VRAB's 1996 decision set aside—VRAB should accept last specialist's evidence and give applicant benefit of every reasonable inference on basis of this evidence if evidence found credible—However, if VRAB not prepared to accept evidence as credible, it should provide reasons for its refusal and conclusion of non-credibility, and still always bear in mind dictates of Act, ss. 3 and 39—Furthermore, applicant should be given opportunity to request oral hearing and make oral submissions, if desired—Veterans Review and Appeal Board Act, S.C. 1995, c. 18, ss. 3, 28(1), 39—Veterans Review and Appeal Board Regulations, SOR/96-67, s. 3.

MACKAY v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)  
(T-1876-96, Teitelbaum J., order dated 24/4/97, 19 pp.)





# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

## ANCIENS COMBATTANTS

Demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal des anciens combattants (révision et appel) (TAC (R&A)) qui a refusé de réexaminer, au vu d'une nouvelle preuve médicale, une décision antérieure du tribunal d'appel des anciens combattants (TAAC)—En 1958, pendant qu'il était dans l'armée, le requérant a eu un accident de camion et a éprouvé des douleurs au cou—Apparemment, il a continué d'éprouver une légère cervicalgie depuis, mais il n'a consulté un médecin qu'en 1988—Des radiographies révèlent certains indices de traumatisme cervical—Le radiologiste a indiqué que cette détérioration cervicale n'était pas inhabituelle chez un homme de 50 ans—Le requérant a demandé une pension d'invalidité pour ancien combattant en raison de l'accident de la route dont il a été victime en 1958 pendant qu'il était dans l'armée—La réclamation du requérant a été rejetée par la Commission des pensions qui a statué que l'invalidité cervicale était attribuable à l'âge et sans lien avec le service militaire—Un appel devant le comité d'examen de la Commission canadienne des pensions a été rejeté en 1990—Peu après, le requérant a demandé à un chirurgien orthopédique d'examiner son cas—Celui-ci déclare que les douleurs croissantes au cou qu'éprouve le requérant sont habituellement associées à un traumatisme aux disques cervicaux et que l'invalidité dont souffre le requérant peut être reliée à l'accident de 1958—En 1991, le TAAC a refusé d'infirmer la décision du comité d'examen—Malgré un deuxième rapport du chirurgien orthopédique remis en 1993 en même temps que la demande adressée au TAAC pour que ce dernier réexamine sa décision, celui-ci a refusé de le faire—En 1995, le requérant a demandé l'opinion médicale d'un autre spécialiste qui a conclu qu'il était très vraisemblable ou probable que l'accident ait joué un rôle significatif, et en fait qu'il est la cause des problèmes actuels du requérant—Ce dernier rapport a été cité dans la demande présentée au TAC (R&A) en vue de faire réexaminer la décision du TAAC—Le TAC (R&A) a jugé que la nouvelle preuve n'ajoutait rien à la réclamation déjà examinée par le TAAC en 1994—Demande accueillie—Le TAC (R&A) a commis une erreur de compé-

## ANCIENS COMBATTANTS—Suite

tence et a agi contrairement aux art. 3 et 39 de la Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) quand il a refusé de tirer de la preuve toutes les conclusions les plus favorables possible au requérant—La preuve du dernier spécialiste donne lieu à une conclusion raisonnable permettant d'établir que la cervicalgie dont souffre le requérant peut être attribuable à son accident militaire de 1958—Les critères des nouveaux éléments de preuve énoncés dans l'arrêt *Palmer et autre c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759 sont respectés—Le TAC (R&A) a également violé le principe de l'équité procédurale en n'avisant pas le requérant de son droit de demander une audience (art. 3 du Règlement et art. 28(1) de la Loi)—Le TAC (R&A) a appliqué un principe de droit erroné concernant le critère servant à déterminer s'il peut réexaminer, de son propre chef, de nouveaux éléments de preuve—L'art. 111 de la Loi dispose que le TAC (R&A) peut réexaminer une décision antérieure s'il constate que les conclusions sur les faits ou l'interprétation du droit étaient erronées, alors que le TAC (R&A) s'est contenté de mentionner que la preuve était spéculative et insuffisante pour renverser la preuve médicale déjà examinée dans cette affaire—Pour exercer à bon droit son mandat, le TAC (R&A) doit rechercher les erreurs de fait ou de droit potentielles dans la décision soumise à son réexamen et en analyser le bien-fondé—En fait, dans un réexamen, le Tribunal est tenu d'examiner rétrospectivement le fondement de la décision antérieure—Toutefois, il n'appartient pas à la Cour d'effectuer un contrôle judiciaire en règle de la décision de 1994 du TAAC—La Cour a discuté de la façon dont le TAC (R&A) aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire s'il avait appliqué les critères appropriés concernant le réexamen d'une décision antérieure, de son propre chef—La décision du TAC (R&A) de 1996 est annulée—Le TAC (R&A) doit accepter la preuve soumise par le dernier spécialiste et accorder au requérant le bénéfice de toute conclusion favorable pouvant être tirée de cette preuve s'il juge qu'elle est digne de foi—Toutefois, si le TAC (R&A) n'est pas disposé à conclure en ce sens, il doit motiver son refus et sa conclusion relative au manque de crédibilité, en

**ANCIENS COMBATTANTS—Fin**

gardant toujours à l'esprit les préceptes des art. 3 et 39 de la Loi—De plus, le requérant doit avoir la possibilité de demander une audience et de présenter des observations verbales, s'il le souhaite—Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel), L.C. 1995, ch. 18, art. 3, 28(1), 39—Règlement sur le Tribunal d'appel des anciens combattants (révision et appel), DORS/96-67, art. 3.

MACKAY C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(T-1876-96, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 24-4-97, 22 p.)

**ASSURANCE-CHÔMAGE**

Demandes de contrôle judiciaire de décisions d'un juge de la Cour de l'impôt au motif que celui-ci a omis de suivre la procédure appropriée pour trancher les appels des décisions rendues par le ministre en vertu de l'art. 3(2)c)(ii) de la Loi (exception relative aux emplois exclus vu l'existence d'un lien de dépendance entre l'employeur et l'employé)—Demande rejetée—La Cour de l'impôt doit procéder à une enquête en deux étapes, dont la première concerne la légalité de la décision du ministre et dont la deuxième, s'il est établi que l'intervention de la Cour est justifiée, touche la question de savoir si cette décision était erronée—La Cour de l'impôt n'est pas liée par les conclusions de fait du ministre: *Tignish Auto Parts Inc. c. Ministre du Revenu national* (1994), 185 N.R. 73 (C.A.F.) et art. 70 et 71 de la Loi—Les conclusions de fait du juge et sa conclusion portant que la décision du ministre ne pouvait se justifier n'étaient pas manifestement erronées.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. JOLYN SPORT INC.  
(A-96-96, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 24-4-97, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un juge-arbitre selon laquelle des prestations d'assurance-chômage devraient être versées à un enseignant en congé sans solde d'une durée d'une année—Demande accueillie—Il faut appliquer l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Taylor* (1991), 81 D.L.R. (4th) 679 (C.A.F.) pour régler la présente affaire, un arrêt qui, chose inexplicable, n'a pas été présenté au juge-arbitre—Dans cette affaire, il a été conclu que, aux termes de l'art. 46.1(2)a) du Règlement sur l'assurance-chômage, les prestations d'assurance-chômage d'un enseignant absent de son travail pour cause de maladie ne devraient pas être versées pour des périodes de congé scolaire—En l'espèce, il est clair que la prestataire, qui s'était vue accorder un congé d'une année, était toujours à l'emploi du Conseil et avait le droit de réintégrer son poste à la fin de l'année—En conséquence, l'exception prévue ne s'applique pas à elle (expiration du contrat de travail)—L'art. 46.1(2)a) est pleinement autorisé par l'art. 44h) de la Loi—L'état du droit est illogique: il est illogique de refuser

**ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin**

de verser à une enseignante qui, comme en l'espèce, est en congé sans solde pendant toute une année, les seules prestations d'assurance-chômage pour les semaines de vacances ordinaires des enseignants, tout en lui versant des prestations pour toutes les autres semaines de l'année—La Cour espère que l'art. 46.1(2)a) sera modifié avant qu'elle n'en soit à nouveau saisie—Règlement sur l'assurance-chômage. C.R.C., ch. 1576, art. 46.1(2)a)—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 44h).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. DONACHEY  
(A-411-96, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 8-5-97, 4 p.)

**BREVETS****PRATIQUE**

Demande visant à obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à Novopharm Ltd. à l'égard du médicament «tartrate de métoprolol» avant l'expiration du brevet «449»—Novopharm a déposé une présentation de drogue nouvelle (PDN) afin d'obtenir un avis de conformité—Elle a comparé son produit à la marque de référence existante, c'est-à-dire le «Lopresor SR», mais elle a rempli par erreur une formule qui indiquait qu'elle comparait son produit à des comprimés de «Betaloc Durules» fabriqués par la demanderesse—La PDN n'a jamais été modifiée pour y indiquer une substitution des Betaloc Durules pour la comparaison initiale—Par suite de cette erreur, Novopharm a fait parvenir un avis d'allégation à Astra—Novopharm a ensuite retiré l'avis d'allégation—L'absence de contrefaçon n'est plus alléguée—La demande d'avis de conformité de Novopharm est incomplète—(1) La Cour a conservé sa compétence malgré le retrait de l'avis d'allégation: *Pharmacia Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 58 C.P.R. (3d) 207 (C.A.F.)—L'existence d'un élément de preuve documentaire n'ajoute ni ne retire rien à la compétence de la Cour—(2) L'action est théorique—La requérante a obtenu sa qualité de l'art. 6 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) parce que Novopharm lui a signifié un avis d'allégation en vertu de l'art. 5(3)b)—Toutefois, au moment de l'audition de la demande, l'allégation était retirée—L'art. 7 interdit la délivrance d'un avis de conformité si un brevet énuméré dans la liste des brevets n'est pas expiré ou n'est pas visé par une allégation—Si le brevet 449 est énuméré dans la liste, le retrait de l'allégation empêche le ministre de délivrer l'avis de conformité—Une ordonnance interdisant au ministre de faire ce qui lui est déjà interdit par le Règlement n'ajouterait rien et est inutile—L'art. 6(2) exige que le tribunal rende une ordonnance s'il conclut que les allégations d'un avis d'allégation ne sont pas fondées—En l'espèce, le retrait de l'avis n'est pas un aveu que les allégations ne sont pas fondées—Lc

**BREVETS—Suite**

retrait a seulement pour effet de conférer un caractère théorique à l'action—La demande a été rejetée parce qu'une ordonnance d'interdiction n'aura aucun effet concret sur les droits des parties, leurs droits et obligations étant clairement précisés dans le Règlement—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5, 6, 7.

AB HASSLE C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-2167-93, juge Nadon, ordonnance en date du 7-3-97, 12 p.)

Demande de jugement sommaire dans une action en contrefaçon de brevet pour le motif que la revendication n° 1 est plus large que toute invention réalisée ou révélée—Deux questions préliminaires: la défenderesse peut-elle se fonder sur la transcription des notes sténographiques de l'interrogatoire préalable de l'inventeur-cédant; peut-elle se fonder sur l'affidavit supplémentaire de l'expert de la défenderesse se rapportant au dossier de demande de brevet étranger correspondant—La Règle 494(9) des Règles de la Cour fédérale permet à une partie au procès de se servir de l'interrogatoire préalable d'une autre partie comme preuve contre l'autre partie—Par inférence, la défenderesse ne peut se servir au procès de l'interrogatoire préalable de l'inventeur, qui n'était pas une partie à l'action, comme preuve contre la demanderesse—Dans une requête en jugement sommaire, il ne convient pas de permettre à la défenderesse de se fonder sur cette preuve, qu'il s'agisse ou non d'une «autre preuve» au sens des Règles 432.1 et 432.2, sur laquelle elle ne peut se fonder au procès—La défenderesse ne peut se fonder sur des dossiers de demande de brevet étranger: *Amfac Foods Inc. c. Irving Pulp & Paper Ltd.* (1984), 83 C.P.R. (2d) 59 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1986), 12 C.P.R. (3d) 193 (C.A.F.)—Quant à la principale question de savoir si un jugement sommaire devrait être rendu en faveur de la demanderesse, bien que «ce en quoi consiste une invention» est une question d'interprétation, l'opinion des experts est contradictoire—Comme dans *Hayden Manufacturing Co. c. Canplas Industries* (1986), 68 C.P.R. (3d) 186 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), il s'agit manifestement d'un cas où la crédibilité des témoins experts devrait être mise à l'épreuve par un témoignage de vive voix et un contre-interrogatoire sur celui-ci—Demande rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 432.1 (éditée par DORS/94-41, art. 5), 432.2 (éditée, *idem*), 494(9) (mod. par DORS/90-846, art. 21).

AMERICAN CYANAMID CO. C. BIO AGRI MIX LTD. (T-2479-93, juge Gibson, ordonnance en date du 10-4-97, 9 p.)

Les requérantes prétendent que si elles peuvent prouver que le procédé sous-jacent à l'allégation de non-contrefaçon d'Apotex n'est pas commercialement viable ou fiable du point de vue de la sécurité, cela démontrera qu'Apotex n'a pas l'intention de commercialiser ce produit au moyen du procédé révélé dans l'avis d'allégation, mais plutôt avec un

**BREVETS—Fin**

produit fabriqué au moyen d'un autre procédé non révélé—La viabilité commerciale et les préoccupations en matière de sécurité ne sont pas des questions pertinentes à la justification d'une allégation de non-contrefaçon faite en vertu du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—De plus, la position des requérantes équivaut à une allégation de fraude—L'idée qu'Apotex pourrait obtenir un avis de conformité à l'égard d'un procédé déterminé et contourner le Règlement en commercialisant ainsi un produit fabriqué à l'aide d'un autre procédé est absurde—Une allégation de ce type doit être prouvée et ne peut reposer sur de simples insinuations—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

PFIZER CANADA INC. C. APOTEX INC. (T-442-96, juge Noël, ordonnance en date du 14-4-97, 3 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Expectative légitime—Demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle la ministre a émis l'avis que le requérant constituait un danger pour le public—Le requérant, qui n'a pas la citoyenneté canadienne, a obtenu le droit d'établissement en 1981—Dans son rapport, l'agent d'immigration a déclaré que le requérant avait un casier judiciaire considérable, constitué presque exclusivement d'actes de violence contre les personnes, et il a recommandé que ce dossier soit porté devant la ministre afin qu'elle émette un avis déclarant que l'intéressé représente un danger pour le public au Canada—Le requérant a été avisé qu'il recevrait copie du dossier ou du rapport final rédigé afin qu'il puisse en prendre connaissance avant que ne soit rendue la décision, ce qui n'a pas été fait—Le requérant a invoqué l'expectative légitime—Demande accueillie—L'application de la thèse de l'expectative légitime a été exposée dans *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Bendahmane*, [1989] 3 C.F. 16 (C.A.)—Vu que la mise en œuvre de la promesse faite par l'agent d'immigration ne serait pas incompatible ni n'entrerait en conflit avec l'exercice du pouvoir qui incombe à la ministre en vertu de la loi, et vu que l'agent d'immigration n'est pas sorti de son rôle en prenant un tel engagement, le fait de ne pas avoir respecté la promesse faite au requérant constitue une atteinte à l'équité procédurale.

SHANKARAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2964-96, juge Pinard, ordonnance en date du 7-5-97, 5 p.)

**EXCLUSION ET RENVOI***Renvoi de résidents permanents*

Contrôle judiciaire d'une ordonnance de renvoi—À l'expiration de la peine d'emprisonnement, le requérant, un

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

immigrant reçu, a été mis en liberté surveillée pour une période de deux ans par la Cour de l'Ontario (Division générale)—Aux termes des conditions de l'ordonnance de probation, il devait se présenter à un agent de probation une fois par mois—Une mesure d'expulsion a été prise à l'encontre du requérant le 13 décembre 1994—Le requérant a été renvoyé en Bosnie le 6 janvier 1997—Aux termes de l'art. 50(1a) de la Loi sur l'immigration, une mesure de renvoi ne peut être exécutée si l'exécution irait directement à l'encontre d'une autre décision rendue au Canada par une autorité judiciaire—Demande accueillie—L'exécution de la mesure d'expulsion prise contre le requérant l'a empêché de se conformer à l'ordonnance de probation—L'art. 50(2), qui interdit l'exécution d'une mesure de renvoi jusqu'à ce que l'intéressé ait purgé une peine comme détenu, n'énonce pas toutes les règles relatives aux ordonnances d'incarcération et de probation, c'est-à-dire qu'il y a des cas où les contrevenants sont mis en liberté surveillée sans être condamnés à une peine d'emprisonnement—Il faut lire l'art. 50 en entier—C'est l'art. 50(1a) qui s'applique à une ordonnance de probation une fois que l'individu a purgé sa peine d'emprisonnement—Si elle désire expulser un individu visé par une ordonnance de probation qui l'oblige à être présent au Canada, la ministre peut prendre des mesures fondées sur l'art. 732.2(3a) du Code criminel, selon lequel la ministre peut demander au poursuivant de présenter au tribunal qui a rendu l'ordonnance de probation une ordonnance modifiant les conditions facultatives de l'ordonnance de façon que l'exécution d'une mesure d'expulsion n'entraîne pas directement une transgression de ladite ordonnance—Ni le poursuivant, lorsqu'il relève d'un procureur général provincial, ni le tribunal n'est tenu d'accéder à la demande de la ministre—Si cette demande n'est pas acceptée par le poursuivant ou par le tribunal, alors, selon le désir du Parlement qui découle de l'art. 50, la ministre sera assujettie à l'ordonnance de probation jusqu'à ce que les conditions de celle-ci aient été exécutées—À l'art. 50, le Parlement oblige la ministre à respecter, comme toute autre personne, les ordonnances d'un tribunal—Bien qu'il soit compréhensible que le Parlement veuille empêcher la ministre de transgresser directement l'ordonnance rendue par un autre tribunal lorsqu'elle décide d'expulser un individu, la probation vise à protéger la société et à faciliter la réintégration du contrevenant dans la collectivité—Il semble assez étrange que la ministre ne puisse expulser un individu pendant que celui-ci est en liberté surveillée afin de protéger la société et de faciliter la réintégration du détenu en question dans une collectivité que, finalement, il ne réintégrera pas—Il apparaît souhaitable que le Parlement réexamine l'art. 50 pour déterminer si, lorsque le contrevenant est tenu, aux termes d'une ordonnance de probation, de se présenter à un agent de probation sur une base périodique ou que sa présence est par ailleurs requise par celui-ci au Canada, la ministre devrait être empêchée d'exécuter une mesure d'expulsion à moins d'obtenir une modification de l'ordonnance de probation—Il se peut que, dans certains cas, l'expulsion soit

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

plus logique que le respect d'une ordonnance de probation et, pour cette raison, il y aurait peut-être lieu d'accorder un pouvoir discrétionnaire à la ministre—Même si la Cour ne tolère pas que la ministre ait contrevenu à l'art. 50, il ne serait pas logique de l'obliger à faire revenir le requérant pour qu'il continue à se conformer à l'ordonnance de probation rendue contre lui jusqu'à l'expiration de celle-ci et soit ensuite à nouveau expulsé—Ce résultat a pour conséquence illogique de placer les contrevenants dans une situation plus avantageuse que les personnes expulsées qui n'ont commis aucune infraction—Le Parlement n'a pas édicté l'art. 50 pour avantager les contrevenants—La Cour annule la convocation sans formuler d'autre directive—Question certifiée: «L'exécution d'une mesure de renvoi à l'encontre d'une personne visée par une ordonnance de probation qui renferme une convocation devant un agent de probation sur une base périodique précise ou selon la demande de l'agent de probation donne-t-elle directement lieu à une transgression d'une décision rendue au Canada par une autorité judiciaire aux fins de l'art. 50(1a) de la Loi sur l'immigration?»—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 50(1a)—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 732.2(3) (édicte par L.C. 1995, ch. 22, art. 6).

CUSKIC C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-29-97, juge Rothstein, ordonnance en date du 7-5-97, 9 p.)

## STATUT AU CANADA

*Réfugiés au sens de la Convention*

Recours en contrôle judiciaire contre la conclusion par la section du statut que les requérants ne craignaient pas avec raison d'être persécutés du fait de leur appartenance à un certain groupe social ou de leurs opinions politiques—En passant en revue les mauvais traitements subis par la principale requérante, le tribunal a noté à quatre reprises au moins qu'elle n'avait été arrêtée ni détenue—Examinant les effets du départ illégal de l'Iran, il a conclu que les requérants ne risqueraient qu'une amende administrative ou un emprisonnement si court qu'on ne pourrait parler de persécution, cette conclusion étant fondée sur un document qui n'a été ni produit à l'audience du tribunal ni versé dans son dossier déposé auprès de la Cour—Ce document public est mentionné dans un index déposé à l'audience du tribunal—Jugé qu'une amende est une sanction pécuniaire, laquelle ne vaut pas persécution—Recours accueilli—C'est une erreur de droit que de sous-entendre que la persécution consiste nécessairement en arrestation ou détention; v. *Oyarzo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 C.F. 779 (C.A.)—Le tribunal a commis une autre erreur en présumant que la pratique générale des amendes administratives ou des brèves périodes d'emprisonnement sanctionnant à leur retour les Iraniens qui ont quitté le pays illéga-

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

ment s'appliquerait aux requérants, sans avoir égard à l'exécution du frère de la principale requérante, aux activités antigouvernementales de ses deux premiers fils ou à l'incarcération en cours de son mari—En évaluant l'élément prospectif de la crainte des requérants, le tribunal était tenu de prendre en compte les conséquences possibles de leur retour en Iran eu égard aux tribulations de leur famille et au fait que le mari de la principale requérante est toujours en prison, sans jugement—Il ressort de la décision du tribunal que celui-ci n'a pas entrepris pareille évaluation prospective.

ASADI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1921-96, juge Lutfy, ordonnance en date du 18-4-97, 5 p.)

La question en litige est celle de savoir si les requérants échappent à l'application de la définition que la Loi sur l'immigration donne du réfugié au sens de la Convention en raison de la section E de l'article premier de la Convention de Genève—La requérante est originaire de Somalie—Elle a quitté la Somalie en 1991, s'est rendue au Kenya, puis en Russie et finalement en Suède en janvier 1993—Elle a donné naissance au requérant mineur avant d'arriver en Suède—Les requérants ont revendiqué le statut de réfugiés au sens de la Convention en Suède—En avril 1994, la Suède a refusé de leur reconnaître le statut de réfugiés, mais leur a accordé le statut de résidents permanents pour des raisons d'ordre humanitaire—Il échet d'examiner s'ils possèdent les droits et les obligations attachés à la possession de la nationalité suédoise, de sorte qu'ils tombent sous le coup de la section E de l'article premier de la Convention—Le tribunal administratif a eu raison de conclure que les requérants n'avaient pas perdu leur domicile en Suède—Le tribunal a eu raison de tenir compte de leur statut en Suède au moment de l'audience—La présente affaire soulève le problème troublant des personnes qui comparent les pays en vue de trouver celui où elles vont réclamer l'asile—Les requérants ont, de leur propre gré, rejeté la protection d'un pays en l'abandonnant unilatéralement pour un autre—L'objet de la Convention de Genève est d'aider les personnes qui ont besoin de protection et non de venir en aide aux personnes qui préfèrent tout simplement demander asile dans un pays de préférence à un autre—La demande de contrôle judiciaire est rejetée—Convention des Nations Unies relative aux réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1E.

MOHAMED C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2248-96, juge Rothstein, ordonnance en date du 9-4-97, 5 p.)

*Résidents permanents*

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent des visas a rejeté une demande de résidence permanente en

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

raison de la non-admissibilité, pour raisons d'ordre médical, du fils à charge de 11 ans qui souffre de déficience mentale modérée et du syndrome de Down—Demande rejetée—Bien qu'il eût été préférable que l'agent des visas ait demandé au requérant de lui fournir des renseignements non seulement sur l'état de santé de son fils à charge, mais également sur le fardeau excessif pour les services sociaux et de santé canadiens, le fait qu'il ait, d'une part, énuméré les services sociaux dont avait besoin le fils à charge du requérant et, d'autre part, mentionné que ce dernier ne pourra vraisemblablement pas subvenir à ses besoins, au Canada, lorsqu'il aura atteint l'âge adulte, suffisait pour satisfaire aux exigences en matière d'équité procédurale énumérées dans *Hussain c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 35 Imm. L.R. (2d) 86 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Le seul fait que les conclusions tirées par les médecins dans le formulaire d'avis médical sous la rubrique portant sur le profil médical soient contradictoires ne rend pas la décision de l'agent des visas manifestement déraisonnable—L'agent des visas pouvait conclure que le fils à charge ne pourra vraisemblablement pas subvenir à ses besoins lorsqu'il aura atteint l'âge adulte—Cela ne signifiait pas pour autant que son cas était examiné comme s'il s'agissait d'un adulte au lieu d'une personne à charge—Il existe un certain nombre de cas où un enseignement spécialisé a été considérée comme un service social: *Sabater c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 102 F.T.R. 268 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (*obiter*)—Même après avoir conclu que le requérant a eu gain de cause concernant l'une des huit questions qu'il a soulevées, la Cour est convaincue, en examinant l'ensemble de la décision de l'agent des visas, que celle-ci n'était pas manifestement déraisonnable—Question certifiée: «Le besoin persistant et établi d'un enseignement spécialisé et personnalisé constitue-t-il un "service social" au sens de l'art. 19(1a)(ii) de la Loi sur l'immigration?»—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1a)(ii) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11).

YOGESWARAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1505-96, juge McKeown, ordonnance en date du 17-4-97, 8 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent d'immigration a refusé de délivrer un permis de retour pour résident permanent (le permis) au requérant parce qu'il ne travaillait pas pour une compagnie canadienne à l'étranger—Comme il ne réussissait pas à se trouver du travail au Canada, le requérant a obtenu un emploi au Koweït, où il n'a pas le statut de résident permanent et où il n'a pas la permission de posséder des biens—Il avait l'intention de travailler au Koweït jusqu'en décembre 1997 et de mettre suffisamment d'argent de côté pour subvenir aux besoins de sa famille—L'art. 26(2)c)(iv) du Règlement sur l'immigration confère à l'agent d'immigration un pouvoir discrétionnaire très large qui lui permet de délivrer un permis pour des motifs ou des circonstances autres que ceux qui sont

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

énumérés dans le Règlement—La demande est accueillie—L'agent d'immigration n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a refusé de délivrer un permis au requérant, étant donné qu'il a obligé le requérant à satisfaire au seul critère énoncé à l'art. 26(2)c)i), c'est-à-dire celui du requérant qui quitte le Canada pour exercer ses fonctions à titre de représentant d'une entreprise canadienne ou du gouvernement du Canada—L'agent a commis une erreur en entravant l'exercice de son pouvoir discrétionnaire—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 25—Règlement de 1978 sur l'immigration, DORS/78-172, art. 26 (mod. par DORS/86-865, art. 2).

EL-AMIN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1607-96, juge Campbell, ordonnance en date du 11-4-97, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent d'immigration a rejeté la demande présentée par le requérant en vue d'obtenir le statut de résident permanent pour des raisons d'ordre humanitaire en vertu de l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration—Le requérant cite le risque de torture à son retour au Nigéria pour justifier sa demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire—À son arrivée au Canada en février 1991, le requérant a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention du fait de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social déterminé—Sa revendication a été rejetée au motif qu'il n'a pas été jugé un témoin digne de foi—Le requérant a introduit sans succès plusieurs instances en matière d'immigration—Le 2 août 1996, un agent d'immigration a rejeté la demande distincte de résidence que le requérant avait présentée en invoquant les critères humanitaires énoncés à l'art. 114(2)—Le pouvoir discrétionnaire que l'art. 114(2) confère à l'agent d'immigration relève entièrement de son jugement et de son pouvoir discrétionnaire—La Loi ne confère au requérant aucun droit en ce qui a trait à une issue déterminée—Sur la question de l'entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, l'agent d'immigration a le droit d'examiner l'analyse faite par l'agent de révision des revendications refusées (ARRR)—L'agent d'immigration a rendu la décision à l'examen le lendemain même de la date à laquelle l'ARRR avait rejeté la demande présentée par le requérant en vue d'être considéré comme faisant partie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada (DNRSRC)—L'agent d'immigration a manqué aux principes d'équité procédurale en entravant l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et en ne procédant pas à une évaluation impartiale—L'agent d'immigration a agi de façon déraisonnable en ne tenant pas compte de l'ensemble de la preuve, à savoir la preuve médicale concernant la torture et son trouble de stress post-traumatique (TSPT)—La présente affaire est exceptionnelle et justifie un contrôle judiciaire—Suivant des éléments de preuve documentaire non contredits, le Nigéria est un pays dans lequel les violations des droits de la personne, et notamment la torture, sont courantes—La

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

demande est accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 114(2).

OGUNFOWORA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2761-96, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 16-4-97, 12 p.)

**COURONNE****RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE**

Action en dommages-intérêts fondée sur la perte d'un bail d'une durée de dix ans—La demanderesse fait valoir que: 1) la défenderesse a violé une condition implicite du bail existant entre les parties et de l'entente de renouvellement du bail; 2) la défenderesse a fait preuve de négligence en ne négociant pas de bonne foi le renouvellement du bail; 3) la défenderesse a fait preuve de négligence en n'agissant pas avec diligence dans le cadre des négociations avec la demanderesse—La demanderesse est propriétaire d'un immeuble à Ottawa (immeuble Martel)—M. McMurray est président et directeur général de la demanderesse—La défenderesse est locataire de la plus grande partie des locaux dans l'immeuble Martel depuis la construction de l'immeuble en 1975—Le principal utilisateur des locaux loués est la Commission de contrôle de l'énergie atomique—En prévision de l'expiration du bail des locaux de l'immeuble Martel en août 1993, M. McMurray et M<sup>me</sup> MacKillop, gestionnaire de l'immeuble, ont sollicité, au début de 1991, une rencontre avec M. Séguin, chef de la location, Travaux publics Canada, pour examiner la possibilité de renégocier et de renouveler le bail—La demanderesse a eu de graves problèmes dans ses rapports avec Travaux publics—Le lien de causalité avec le préjudice allégué, c'est-à-dire la perte d'un bail de dix ans, n'est pas assez certain pour permettre à la Cour de conclure que la demanderesse s'est acquittée du fardeau de la preuve en ce qui concerne la violation de l'entente relative au renouvellement du bail—Le délit découlant du défaut de négocier de bonne foi n'a pas été établi—M. McMurray a perdu l'occasion de négocier le renouvellement du bail—Il a aussi été amené à penser à tort, peut-être par inadvertance, que M. Séguin avait le pouvoir d'engager le Ministère—Dans une action fondée sur la négligence, la première étape consiste à déterminer si le défendeur avait une obligation de diligence envers le demandeur—Il faut se demander s'il y a des relations suffisamment étroites entre les parties pour que la défenderesse ait pu raisonnablement prévoir que son manque de diligence pourrait causer un préjudice à la demanderesse—En l'espèce, les relations entre les parties permettent de conclure que l'obligation de diligence existait—Les parties maintenaient depuis longtemps des relations de locateur et de locataire—Le bail prévoyait la possibilité de renouvellement, même s'il n'y avait aucune obligation de renégocier—La défenderesse était essentiellement la seule locataire

**COURONNE—Fin**

dans l'immeuble depuis la construction de l'immeuble—Elle était la principale intervenante dans la location de locaux dans la zone où était situé l'immeuble—Les relations entre les parties permettaient raisonnablement de prévoir que si la défenderesse faisait preuve de négligence, elle pourrait causer un préjudice à la demanderesse—Dans une action fondée sur la négligence, le deuxième critère à satisfaire consiste à déterminer s'il y a eu violation de l'obligation de diligence—La défenderesse, représentée par divers responsables de Travaux publics, n'a pas agi raisonnablement compte tenu des circonstances—Il y a eu violation de l'obligation de diligence—La demanderesse devait faire face à l'obstacle de prouver le lien de causalité—En raison des actes des employés de la défenderesse, la demanderesse n'a pas eu l'occasion de parachever les négociations en vue du renouvellement du bail—Le marché fortement à la baisse a contribué à la perte du bail—La demanderesse n'a pas prouvé le lien de causalité pour fonder les dommages-intérêts réclamés—Action rejetée.

MARTEL BUILDING LTD. C. CANADA (T-1273-93, juge Reed, jugement en date du 22-4-97, 32 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Cour de l'impôt a statué que la contribuable n'était pas dispensée de l'obligation de percevoir et de remettre la taxe sur les produits et services (TPS) conformément à la Loi sur la taxe d'accise—La Cour de l'impôt a également condamné la contribuable à payer la pénalité de six pour cent prescrite par l'art. 280, étant donné que la contribuable n'avait pas fait preuve de «diligence raisonnable» pour déterminer ses obligations juridiques—L'entreprise de la contribuable consiste à trouver les héritiers disparus de biens de personnes décédées—Par l'entremise d'un avocat, elle négocie des frais qui sont calculés en fonction d'un pourcentage de la valeur des biens—Bon nombre des héritiers ne sont pas des résidents du Canada—Se fiant sur la «première impression» de son avocat, la contribuable a présumé qu'elle était dispensée de l'obligation de percevoir et de remettre la TPS—Le ministre a fini par établir une cotisation fixant la somme due par la contribuable à 36 000 \$, somme qui comprenait la TPS non remise, des intérêts et une pénalité—La contribuable est assujettie à la Loi sauf si elle exerce une entreprise dans le cadre de laquelle elle effectue une «fourniture exonérée» telle qu'un «service financier», laquelle expression est définie en partie à l'art. 123(1)d) comme un transfert de propriété d'un effet financier—Un «titre de participation» est assimilé à un «effet financier» et est défini comme étant une «action du capital-actions d'une personne morale»—La demande est rejetée—La Cour de l'impôt n'a pas commis d'erreur en concluant que les

**DOUANES ET ACCISE—Suite**

services fournis par la contribuable n'étaient pas exonérés de la taxe—Il n'existe aucun fondement factuel qui permette de prétendre que les services fournis aux non-résidents sont «exonérés» c'est-à-dire soumis à un taux de taxe de zéro pour cent—Il manque de faits au sujet de la nature précise des services fournis par la contribuable aux héritiers—La contribuable faisait valoir qu'elle «prend des mesures» pour fournir les services financiers visés à l'art. 123(1)d), e) et f) au sens de l'art. 123(1)j)—L'argument selon lequel toute la fourniture doit être réputée exonérée si, lorsqu'elle effectue une fourniture taxable, la contribuable offre une fourniture exonérée est mal fondé—L'art. 138 prévoit que la fourniture qui est accessoire à une autre fourniture est traitée comme faisant partie de cette fourniture—Le service de recherche de biens et d'héritiers n'est pas accessoire aux services de cautionnement—Quant à la conclusion tirée au sujet de la diligence raisonnable, les motifs de la Cour de l'impôt imposent tout simplement à la contribuable l'obligation d'avoir demandé plus tôt une décision du Ministère—Le droit d'invoquer le moyen de défense tiré de la diligence raisonnable n'est pas une question qui fait l'objet d'une jurisprudence constante de la Cour fédérale—Les objections à ce moyen de défense qu'a formulées le ministre dans la présente espèce et dans d'autres affaires comme l'arrêt *Canada (Procureur général) c. 770373 Ontario Ltd.*, [1977] F.C.J. n° 153 (C.A.), peuvent être utiles pour les procès à venir—En faisant une extrapolation à partir de l'arrêt *R., sur la dénonciation de Mark Caswell c. Corporation of City of Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, des contribuables tentent d'incorporer un moyen de défense de diligence raisonnable à l'art. 280—Suivant le ministre, ce type d'analyse n'accorde pas suffisamment d'importance au fait que, dans l'affaire *Sault Ste-Marie*, les pénalités prévues en cas de condamnation en vertu d'une loi provinciale qui protégeait le bien-être du public allaient d'une simple amende à une peine d'emprisonnement, selon que le contrevenant était ou non un récidiviste—À la différence de l'affaire *Sault Ste-Marie*, les affaires mettant en cause la Loi sur la taxe d'accise ne peuvent raisonnablement être qualifiées de poursuites quasi-pénales intentées en vertu de lois d'intérêt public—Dans le contexte de la Loi sur les douanes, la Cour a déjà refusé le droit d'invoquer le moyen de défense tiré de la négligence raisonnable à un importateur dont les marchandises avaient été saisies et confisquées eu égard à une déclaration erronée (*R. c. Letarte*, [1981] 2 C.F. 76 (C.A.))—Le juge Bowman, de la Cour de l'impôt, s'est fait le champion de l'existence d'un moyen de défense tiré de la négligence raisonnable dans le contexte de l'art. 280 en établissant une distinction entre les faits de l'affaire dont il était saisi et ceux de deux affaires précédentes (*Pillar Oilfield Projects Ltd. c. Canada*, [1993] G.S.T.C. 49 (C.C.I.))—Le ministre se demande si cette distinction est bien fondée—Une autre objection à l'existence d'un moyen de défense tiré de la diligence raisonnable dans le contexte de l'art. 280 de la Loi repose sur le fait que la Loi prévoit expressément ce moyen de défense à l'art. 323, qui porte sur la responsabilité des administrateurs de sociétés—Il en

**DOUANES ET ACCISE—Suite**

découle que si le législateur a accordé le droit d'invoquer le moyen de défense tiré de la négligence raisonnable à l'art. 323, on peut présumer qu'il voulait que ce moyen de défense ne puisse être invoqué conjointement avec l'art. 280, qui est muet sur la question—Compte tenu de l'arrêt *M.R.N. c. Nassau Walnut Investments Inc.*, [1997] 2 C.F. 279 (C.A.), le ministre reconnaît que l'art. 323 ne permet pas de résoudre la question—L'art. 323 soulève plutôt une inférence réfutable quant à la volonté du législateur en ce qui concerne l'art. 280—Le ministre maintient que le moyen de diligence tiré de la diligence raisonnable va à l'encontre de l'objet de l'art. 280, qui vise à favoriser le recouvrement dans les délais prescrits des sommes dues au receveur général aux termes de la partie IX de la Loi—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 123 (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12), 280 (édicte, *idem*), 323 (édicte, *idem*).

LOCATOR OF MISSING HEIRS INC. C. CANADA (A-781-95, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 1-5-97, 12 p.).

**LOI SUR LES DOUANES**

Appel, aux termes de l'art. 68 de la Loi sur les douanes, d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur selon laquelle les «diffuseurs d'air» importés par l'intimée devaient être classés sous le numéro tarifaire 8516.90.10 en tant que parties de sèche-cheveux pour usage domestique—L'intimée a importé des diffuseurs d'air au Canada entre le 24 mars 1992 et le 1<sup>er</sup> février 1993—Les diffuseurs d'air étaient en plastique et ils étaient conçus de manière à être fixés à des sèche-cheveux—L'appelant a déterminé que les diffuseurs d'air ont été correctement classés sous le numéro tarifaire 3926.90.90 en tant qu'autres objets de matières plastiques—Le Tribunal a donné raison à l'intimée—La question litigieuse est de savoir si le Tribunal a commis une erreur de droit en concluant que les diffuseurs d'air constituaient des parties et non des accessoires de sèche-cheveux—À l'époque visée, les diffuseurs d'air étaient rarement intégrés aux sèche-cheveux, mais dans plusieurs cas ils les accompagnaient—Il est ressorti de la preuve qu'il n'était pas essentiel d'avoir un diffuseur d'air pour sécher ses cheveux à l'aide d'un sèche-cheveux, mais que les diffuseurs d'air étaient essentiels, à toutes fins pratiques, pour coiffer les cheveux et contrôler leur séchage—Il a été établi que les diffuseurs d'air servaient uniquement avec les sèche-cheveux—Le Tribunal a commis une erreur de droit lorsqu'il a déterminé que les diffuseurs d'air constituaient des «parties» de sèche-cheveux—L'évolution de la fonction des sèche-cheveux n'a pas atteint le stade où l'on pouvait considérer que les diffuseurs d'air étaient «essentiels» à la fonction des sèche-cheveux—En général, ils demeuraient un accessoire ou une pièce de raccord et ils étaient fabriqués comme tels—Ils n'étaient pas intégrés aux sèche-cheveux mêmes—Ils demeuraient des accessoires—Appel accueilli

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

li—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 68 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), art. 52).

SOUS-MINISTRE M.R.N., DOUANES ET ACCISE C. DANNYCO TRADING LTD. (T-2084-94, juge Gibson, jugement en date du 28-4-97, 9 p.)

**DROIT ADMINISTRATIF****CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Recours en contrôle judiciaire contre le refus du M.R.N. de mettre fin à toutes procédures de recouvrement des dettes fiscales du requérant pour ses années d'imposition 1974 à 1978—En 1984, le requérant a conclu une transaction avec le ministre et en 1985, de nouveaux avis de cotisation portant sur la somme de 15 082,31 \$ ont été envoyés pour les années d'imposition en question—Le requérant n'a fait aucun paiement—En 1991, le ministre a retenu les crédits TPS du requérant; en 1994 et 1996, il a envoyé une sommation de payer à Ager Holdings Ltd., une compagnie dont le requérant est l'unique actionnaire, et une sommation à la Hongkong Bank of Canada, pour réclamer une partie du compte REÉR du requérant—Ager Holdings Ltd. et la Hongkong Bank of Canada se sont l'une et l'autre conformées aux sommations—Le 26 juin 1996, l'avocat du requérant a fait savoir à l'agent de perception que la dette fiscale avait été prescrite par application de la loi dite Limitation Act de la Colombie-Britannique—Recours rejeté—L'agent de perception sous les ordres du ministre peut être considéré comme un «office fédéral»—En sa qualité de représentant du ministre, il peut rendre des décisions qui engagent celui-ci—Cependant, le simple fait que cet agent tombe dans le champ d'application de la définition de l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale ne signifie pas que tous ses propos sont autant de décisions susceptibles de contrôle judiciaire—La communication par téléphone d'une «décision» n'en altère pas la nature—Quel que soit le mode de communication de la décision du ministre ou de son représentant à une partie, cette décision peut faire l'objet d'un recours en contrôle judiciaire si elle porte sur une question de fond soumise à l'office fédéral; v. *Mahabir c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 133 (C.A.)—Ce qui était communiqué à l'avocat du requérant n'était pas une «décision», mais juste l'opinion exprimée par un agent de perception au cours d'une conversation téléphonique manifestement générale au sujet du recouvrement de l'argent dû au titre de l'impôt sur le revenu—La décision qui a véritablement entraîné l'action en justice était la retenue des crédits TPS du requérant dès 1991 et la délivrance des sommations de payer en 1994—Le requérant aurait dû se pourvoir en justice dans les 30 jours qui suivirent la date à laquelle l'intimée a retenu ses crédits TPS ou délivré les sommations de payer—À ce moment-là, il aurait pu soutenir qu'il ne devait rien puisqu'il y avait



**DROIT ADMINISTRATIF—Suite**

prescription légale—Requête en prorogation du délai rejetée par ce motif que le requérant n'a pu donner aucune explication valide de la raison pour laquelle il n'a pas introduit sa demande de contrôle judiciaire dans les délais, que la prorogation porterait sur une très longue période (de deux ans et demi à cinq ans et demi), et qu'il n'y a aucune preuve indiquant que le requérant ait eu à l'époque l'intention de contester la légalité de la décision du ministre par voie de contrôle judiciaire—Le requérant a dépassé le délai pour introduire une demande de contrôle judiciaire contre la décision du ministre de défalquer les crédits TPS ou sa décision de délivrer les sommations de payer—Demande de contrôle judiciaire irrecevable—Limitation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 236—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2, 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

FUCHS C. CANADA (T-1703-96, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 1-4-97, 8 p.)

*Certiorari*

Convention collective prévoyant la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans—Les requérants, âgés de 65 et 77 ans, étaient vérificateurs au port de Saint John—En application de la convention collective, il a été mis fin à leur emploi, vu leur âge respectif—La Commission canadienne des droits de la personne a rejeté les plaintes de distinction fondée sur l'âge des requérants, après avoir conclu qu'ils avaient atteint l'âge de la retraite en vigueur, au sens de l'art. 15c) de la Loi sur les droits de la personne—Selon le rapport de l'enquêteur, le représentant syndical a affirmé que l'âge de retraite en vigueur est 65 ans et que cette politique est en vigueur dans tous les grands ports canadiens de l'Atlantique—Le rapport ne mentionne aucun document ni fait particulier ayant incité l'enquêteur à se fonder sur cette déclaration—Peu après le début de la deuxième journée de plaidoirie, le syndicat intimé a divulgué de la correspondance que le syndicat et la Commission s'étaient échangée relativement aux pratiques en vigueur dans d'autres ports et dont la Cour ne disposait pas—Il s'agit d'une lettre énumérant des sections locales particulières, dans des ports canadiens, qui considèrent que l'âge de retraite en vigueur est de 65 ans, et une autre lettre donnant le nom et l'âge de retraite de 20 employés de Saint John, dont certains avaient conservé leur emploi après avoir atteint l'âge de 65 ans—La Commission n'est pas tenue de divulguer systématiquement à une partie chaque document obtenu d'une autre partie—Cependant, le fait que la Commission omette de divulguer des documents pertinents à l'égard d'un aspect principal de la revendication d'une partie donnera lieu à de l'iniquité—La question principale en l'espèce est de savoir si la pratique de la retraite à 65 ans est effectivement appliquée aux employés qui occupent des postes semblables à ceux des requérants dans tous les autres ports canadiens—Les lettres elles-mêmes n'en disent pas plus sur la question de l'application de la politique—Le seul renvoi, dans une

**DROIT ADMINISTRATIF—Fin**

décision, à des prétentions non étayées comme fondement d'une conclusion principale semble quelque peu insatisfaisant—Les requérants n'ont pas eu l'occasion de réfuter les renseignements qui semblent avoir incité l'enquêteur à se fonder sur les déclarations des représentants syndicaux—Les lettres et autres documents sur lesquels l'enquêteur a dû se fonder pour formuler ses déclarations concernant l'âge de retraite et l'application de pratiques en cette matière dans d'autres ports auraient dû être communiqués aux requérants—La Commission aurait grandement intérêt à exiger que les parties s'échangent leurs observations respectives—La Commission a attendu onze mois avant de rejeter les plaintes—La Commission a fait preuve d'une lenteur notoire dans plusieurs affaires dont elle était saisie et la Cour s'attend à un réexamen expéditif de la présente affaire—Loi sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3(1), 7, 9(1), 10, 15c).

MCALLISTER C. ASSOC. DES EMPLOYEURS MARITIMES (T-191-96, juge Rothstein, ordonnance en date du 6-3-97, 9 p.)

**DROIT D'AUTEUR****DOMMAGES-INTÉRÊTS**

Il s'agissait de déterminer si le juge des requêtes avait commis une erreur dans son évaluation des dommages-intérêts à la suite d'une contrefaçon de droits d'auteur—L'entreprise appelante copie et distribue sur vidéocassettes des programmes de télévision en langues asiatiques—L'intimée exploitait le Fortune Book and Gift Store—Elle n'était pas titulaire d'une licence de Profekta pour louer des bandes programme TVB—Elle a plaidé coupable à un chef d'accusation de contrefaçon de droit d'auteur et a dû payer une amende de 50 \$—Le juge des requêtes a accordé à l'appelante une somme de 9 500 \$ à titre de dommages-intérêts généraux et des frais de 2 500 \$, mais il n'a pas accordé de dommages-intérêts punitifs—L'appelante a contesté le montant des dommages-intérêts généraux et le refus d'accorder des dommages-intérêts punitifs—Pour justifier le contrôle en appel de l'évaluation du montant des dommages-intérêts, il faut qu'il y ait des éléments de preuve indiquant qu'un principe de droit a été mal appliqué ou que le montant adjugé est tout à fait erroné—Le juge des requêtes a correctement établi le montant des dommages-intérêts généraux et compensatoires à l'égard de l'intimée en tenant compte des frais payés par le seul titulaire légitime de licence de l'appelante à Windsor et de la preuve concernant la période pendant laquelle l'intimée a eu des bandes de TVB en sa possession—Il n'y a aucun motif de modifier le montant accordé à titre de dommages-intérêts généraux—Des dommages-intérêts punitifs ne devraient être accordés que dans les situations où les dommages-intérêts généraux et majorés réunis ne permettent pas d'atteindre l'objectif qui

**DROIT D'AUTEUR—Fin**

consiste à punir et à dissuader—Diverses raisons justifient l'intervention de la Cour en l'espèce—Il était flagrant que l'intimée avait continué à porter atteinte aux droits d'auteur avant que l'injonction ne soit accordée vu qu'elle avait été condamnée auparavant, que Profekta lui avait donné un avertissement et qu'elle a adopté une attitude irresponsable—Les dommages-intérêts compensatoires accordés sont modestes si on considère les avantages financiers obtenus par l'intimée par suite de sa contrefaçon—Il ne faut pas laisser de côté le profit additionnel tiré par l'intimée du fait qu'elle n'a pas payé les droits de licence—Il convient d'accorder des dommages-intérêts punitifs en plus des dommages-intérêts compensatoires afin de punir l'intimée pour sa conduite et dissuader celle-ci et d'autres personnes d'adopter un comportement similaire à l'avenir—Une somme de 10 000 \$ est accordée à titre de dommages-intérêts punitifs—L'appel est accueilli en partie.

PROFEKTA INTERNATIONAL INC. C. LEE (A-23-96, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 30-4-97, 4 p.)

**DROIT MARITIME****PRATIQUE**

Requête sollicitant la suspension de la présente action en raison d'une clause attributive de juridiction aux tribunaux de Hong Kong qui figurait dans un connaissement visant le transport d'une cargaison de bois d'œuvre de Nanaimo (Colombie-Britannique) à Taïwan—La demanderesse réclame la somme de 395 865,92 \$US pour la perte de la cargaison et le dommage causé à celle-ci—Une question importante porte sur l'identité du transporteur—Le connaissement a été établi selon un formulaire générique le 13 mars 1996 par Sinotrans en faveur de Taipei Business Bank, la partie à notifier étant Jian Sheng Co. Ltd., la demanderesse en l'espèce—La cause attributive de juridiction se trouvait au verso du connaissement—La question est de savoir si la défenderesse Great Tempo S.A. a droit à une suspension des procédures entreprises au Canada en faveur des tribunaux de Hong Kong—Demande rejetée—La clause attributive de juridiction qui figure dans le connaissement est nulle pour incertitude—Un connaissement n'est pas nécessairement le contrat de transport—En l'espèce, c'est la note d'engagement de fret qui contient la clause prépondérante—La demanderesse n'était pas partie à la note d'engagement de fret conclue entre l'expéditrice, McMillan Bloedel Limited, et le mandant de Sinotrans—Jian Sheng Co. Ltd., étant la seule partie demanderesse à l'instance, ne pouvait fonder une action sur la partie du contrat figurant dans la note d'engagement de fret, car elle n'est pas partie à cette note—Les clauses attributives de juridiction doivent être claires et précises avant qu'on puisse les honorer—Le connaissement ne contient rien qui permette d'identifier le transporteur—Il semble que Great Tempo S.A. soit la propriétaire du *Trans Aspiration* et elle serait donc le

**DROIT MARITIME—Suite**

transporteur—La clause attributive de juridiction contenue dans un connaissement vise principalement à désigner clairement et précisément le lieu où le propriétaire de la cargaison devrait faire trancher tout différend lié au transport de sa cargaison—En l'espèce, la clause attributive de juridiction n'est d'aucune aide et n'offre aucune certitude pour déterminer le lieu où une action fondée sur le connaissement devrait être introduite—La juridiction n'a pas été attribuée à Hong Kong en raison des incertitudes inhérentes à la clause attributive de juridiction figurant dans le connaissement—Requête rejetée.

JIAN SHENG CO. C. TRANS ASPIRATION (LE)  
(T-2219-96, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 7-4-97, 9 p.)

Jugement sommaire—Requête présentée en vertu des Règles 432.1 à 432.7 afin d'obtenir un jugement sommaire rejetant l'action de la demanderesse au motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action, ou au motif que la charte-partie a été résiliée par voie de lettre, ce qui a éteint la réclamation en dommages-intérêts de la demanderesse—Dans l'action principale: invoquant le retard dans la fourniture d'un navire pour fins de transport, la demanderesse a valablement résilié la charte-partie et trouvé un autre transporteur, puis a réclaté la différence entre le fret payable en vertu des deux chartes-parties au voyage, soit 173 000 \$—La défenderesse a déposé une demande reconventionnelle de 500 000 \$ pour résolution illicite de la charte-partie d'un montant—Requête rejetée—S'agissant du deuxième moyen: selon la jurisprudence, l'affrètement qui lève son option de résiliation de la charte-partie a également le droit de réclamer des dommages-intérêts au propriétaire du navire si, compte tenu des faits particuliers de l'espèce, le défaut du navire d'arriver au plus tard à la date de résiliation est attribuable à un manquement par le propriétaire à l'obligation d'être en état de chargement à une date précise—En l'espèce, il y avait une date «probable de mise en état de chargement» et une obligation expresse de se diriger vers le port de chargement—La demanderesse a soutenu que la date prévue n'a pas été fixée de bonne foi et pour des raisons valables, et que les défendeurs n'ont pas pu quitter le dernier port de leur voyage d'approche de manière à arriver au port de chargement à temps—Selon la jurisprudence, l'exercice du droit de résiliation ne prive pas l'affrètement du droit de réclamer des dommages-intérêts—La réclamation n'est pas «manifestement non fondée» de sorte qu'on devrait «éviter les délais et les frais liés à un procès»: le critère applicable au prononcé d'un jugement sommaire a été énoncé dans l'arrêt *Feoso Oil Ltd. c. Sarla (Le)*, [1995] 3 C.F. 68 (C.A.)—Il existe une question sérieuse à instruire quant aux dommages-intérêts réclamés par la demanderesse par suite du défaut d'envoyer le navire désigné au port de chargement—Pour trancher cette question, il faudra nécessairement évaluer la preuve factuelle que les parties présenteront—Qui plus est, la demanderesse n'a

**DROIT MARITIME—Fin**

jamais renoncé à son droit de réclamer des dommages-intérêts—Les défendeurs ne peuvent pas obtenir gain de cause non plus relativement au premier moyen, savoir que la déclaration ne révèle aucune cause d'action—Vu les déclarations faites et les pièces jointes à un affidavit, dont la charte-partie pertinente, il existe des questions sérieuses qui justifient une instruction—Les défendeurs ne peuvent pas transformer une requête en jugement sommaire en une requête en radiation présentée en vertu de la Règle 419(1)a—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 419(1)a, 432.1 à 432.7 (éditées par DORS/94-41, art. 3).

MELSA INTERNATIONAL INC. C. WEST ISLANDS (LE)  
(T-2815-96, juge Nadon, ordonnance en date du 11-4-97, 11 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Demande d'annulation d'une décision par laquelle la Commission canadienne des droits de la personne a décidé de statuer sur une plainte déposée en 1992 en matière de parité salariale—L'art. 41 de la Loi canadienne sur les droits de la personne oblige la Commission à statuer sur toute plainte dont elle est saisie à moins qu'elle estime celle-ci irrecevable au motif, notamment, que: a) la victime présumée de l'acte discriminatoire devrait épuiser d'abord les recours internes ou les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui sont normalement ouverts, ou que: d) la plainte est frivole, vexatoire ou entachée de mauvaise foi—Une plainte concernant la parité salariale a été déposée en 1982—En 1985, les parties ont convenu que la question de la parité salariale devait être résolue par entente ou par arbitrage—Les aspects de l'entente de 1985 relatifs à la parité salariale ont été inclus dans les conventions collectives subséquentes qui étaient en vigueur au moment où la plainte de 1992 a été déposée—La requérante affirme que l'Association canadienne des maîtres de poste et adjoints (ACMPA) aurait dû, avant de déposer sa plainte, épuiser d'abord les recours internes ou les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui étaient ouverts en vertu de l'entente de 1985—Elle affirme également que la plainte de 1992 est entachée de mauvaise foi, étant donné que l'ACMPA a accepté, dans l'entente de 1985, de retirer sa plainte initiale de 1982, qu'elle a reçu une contrepartie à cet égard et qu'elle a convenu de recourir à un autre mécanisme pour régler la question de la parité salariale—La Commission a rejeté la plainte en 1991—La demande est rejetée—S'il n'est pas évident à ses yeux que la plainte relève d'un des motifs d'irrecevabilité énumérés à l'art. 41, la Commission devrait promptement statuer sur elle—Il est constant qu'un recours interne était normalement ouvert à la requérante lorsqu'elle a déposé sa plainte—La question de savoir si ce recours aurait dû être épuisé est une décision discrétionnaire—La question de la mauvaise foi est une

**DROITS DE LA PERSONNE—Suite**

question de droit et de fait—Le contrôle judiciaire des deux décisions de la Commission est limité par la portée étroite du contrôle qui est imposée par le libellé de l'art. 41 et par les conceptions exposées dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Williams*, [1997] 2 C.F. 646 (C.A.) et dans le jugement *Procureur général du Canada c. Cumming*, [1980] 2 C.F. 122 (1<sup>re</sup> inst.)—Pour ce qui est des autres recours qui étaient ouverts, la Commission affirme, dans sa décision, qu'aucune autre procédure de révision présentement ouverte à la plaignante n'est plus appropriée que la procédure de règlement des plaintes pour résoudre la plainte—Pour décider si un plaignant doit d'abord épuiser les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui sont par ailleurs normalement ouverts, la Commission doit de toute évidence examiner l'opportunité du recours interne—La Commission s'est dite préoccupée par la question des délais—La question des délais était un facteur pertinent—La Cour n'est pas justifiée d'intervenir dans l'exercice que la Commission a fait de son pouvoir discrétionnaire, parce que rien ne permet de penser que la Commission a tenu compte de facteurs non pertinents, qu'elle n'a pas tenu compte de facteurs pertinents ou qu'elle a fait preuve de mauvaise foi—Quant à la mauvaise foi, la Commission a omis de tenir compte de facteurs pertinents en concluant que l'ACMPA n'avait pas agi de mauvaise foi—Rien ne permet de croire que l'ACMPA s'est réservée le droit de poursuivre sa plainte de 1992 devant la Commission ou le droit de déposer de nouvelles plaintes—Le fait que l'ACMPA s'est déclarée entièrement satisfaite dans l'entente de 1985 et qu'elle ait essayé de retirer sa plainte de 1982 donne plutôt à penser le contraire—Eu égard à ces considérations, la conclusion à laquelle la Cour en arrive en ce qui concerne la mauvaise foi de l'ACMPA aurait pu être différente de celle de la Commission, mais il s'agit d'un élément d'information qui a été porté à la connaissance de la Commission et dont celle-ci a tenu compte—L'art. 48 prévoit que tout règlement intervenu après le dépôt d'une plainte doit être soumis pour approbation ou rejet à la Commission—Les deux parties sont présumées connaître la loi—L'ACMPA ne pouvait pas savoir que la Commission reprendrait son enquête—La Cour ne peut conclure à la mauvaise foi de l'ACMPA pour cette raison—Compte tenu de l'interdiction faite de déroger par contrat aux dispositions de la Loi canadienne sur les droits de la personne, la Commission devrait faire preuve de la plus grande prudence avant de rejeter une plainte pour un tel motif à une étape préliminaire—La Commission s'est permise de contribuer au retard extraordinaire du traitement de cette affaire qui est née il y a une quinzaine d'années—Le manque de ressources de la Commission ne constitue pas une explication satisfaisante des délais—Lorsqu'il est investi de pouvoirs aussi étendus que ceux qui sont conférés à la Commission, un tribunal administratif a le devoir concomitant d'exercer ses pouvoirs de façon responsable—L'exercice responsable de tels pouvoirs implique leur exercice en temps opportun—Il semble que la Commission ait perdu de vue l'importance du

**DROITS DE LA PERSONNE—Suite**

respect des délais lorsqu'il s'agit de résoudre les plaintes dont elle est saisie—La Commission a gardé la plainte active, mais n'a pris aucune mesure concrète pour amener les parties à la régler—Il y a lieu de se demander pourquoi la Commission n'a pas efficacement suivi les progrès accomplis par les parties relativement à leur entente de 1985 par une gestion efficace du dossier et pourquoi elle ne s'est pas elle-même occupé de la chose lorsqu'elle a conclu que les progrès réalisés étaient insatisfaisants—La Commission doit gérer les plaintes dont elle est saisie avec efficacité et compétence, notamment en les traitant et en les jugeant dans des délais acceptables—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 41, 48.

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-2788-94, juge Rothstein, ordonnance en date du 8-5-97, 17 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP) a rejeté la plainte de la requérante—La requérante prétend que le ministère des Anciens combattants a commis un acte discriminatoire à son endroit en la congédiant pour cause de déficience, en violation de l'art. 7 de la Loi canadienne sur les droits de la personne—La requérante a commencé à travailler au ministère comme commis de soutien aux paiements, le 30 décembre 1985—À compter d'avril 1989, la requérante a commencé à ressentir un engourdissement et de la douleur à l'épaule droite, au niveau de la base du cou—La requérante a été affectée à un projet spécial de manière à faciliter son rétablissement—Elle a quitté le travail et en a été absente jusqu'au 17 décembre 1990—Elle était incapable d'exécuter aucune des fonctions rattachées à son poste—Le 4 mai 1992, le ministre a informé la requérante qu'il allait recommander son congédiement en application de l'art. 31 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, parce qu'elle était incapable d'exercer ses fonctions—Le Ministère a procédé au congédiement de la requérante le 23 septembre 1992—Le comité d'appel a fait droit à l'appel de la requérante au motif que le Ministère avait omis de prendre des mesures d'accommodement à son endroit—La C.A.F. a décrété que les pouvoirs du comité d'appel se limitent à ceux qui sont énoncés dans sa loi habilitante et que le comité d'appel n'est pas autorisée à appliquer les dispositions de la Loi canadienne sur les droits de la personne—La requérante CCDP a examiné la plainte et conclu qu'aucune autre procédure n'était justifiée—C'est cette décision que la requérante attaque en l'espèce—Les art. 43, 44 et 47 de la Loi canadienne sur les droits de la personne s'appliquent à la présente instance—La décision que prend la CCDP de rejeter une plainte est de nature administrative—Il incombe aux tribunaux de déterminer la teneur des protections procédurales que peut offrir un comité ou un tribunal administratif en faisant référence à toutes les circonstances dans lesquelles agit ce comité ou ce tribunal—La CCDP, au moment de rejeter une plainte, n'a

**DROITS DE LA PERSONNE—Suite**

pas à se conformer aux règles officielles de justice naturelle—Il lui suffit d'agir équitablement—La CCDP n'est tenue de divulguer à l'autre partie des observations que lorsque ces dernières contiennent des faits qui diffèrent de ceux exposés dans le rapport d'enquête et dans les mémoires, s'il y en a, sur la foi desquels lesdites observations ont été préparées—En l'espèce, il s'agissait principalement d'observations juridiques sur le critère approprié qui se rapporte à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable—La CCDP n'a pas manqué à son obligation d'équité procédurale en décidant de ne pas divulguer à l'autre partie les observations en question—La norme de contrôle appropriée qui s'applique aux questions de droit est celle de la justesse—La détermination du critère juridique qui s'applique à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable est une question de droit qui peut être contrôlée en fonction de la justesse—Les décisions que rend la CCDP au sujet de questions de fait ne peuvent faire l'objet d'un contrôle qu'en fonction de leur caractère raisonnable—Lorsqu'il survient un acte discriminatoire par suite d'un effet préjudiciable, il incombe à l'employeur de prendre des mesures d'accommodement raisonnables à l'endroit de la partie plaignante, et ce, sans causer de contrainte excessive—L'employeur doit faire la preuve que des efforts véritables ont été faits, sans s'imposer de contrainte «excessive», de manière à éliminer la discrimination par suite d'un effet préjudiciable dont est victime l'un de ses employés—L'employeur est tenu de faire un effort véritable pour s'entendre avec un employé, un effort qui cadre avec le type de travail pour lequel le travailleur a été engagé—La CCDP a appliqué le critère juridique qui convient—Il y avait une preuve qui permettait à la CCDP de conclure qu'aucune autre enquête n'était justifiée—Les documents qui ont été soumis à la CCDP décriaient en long et en large les nombreux efforts faits par le Ministère pour s'entendre avec la requérante—La conclusion de la CCDP n'était pas déraisonnable—L'enquêteur et la CCDP pouvaient raisonnablement conclure à l'absence de mesures que le Ministère pouvait prendre pour accommoder la requérante sans subir de contrainte excessive—Demande rejetée—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 43, 44, 47—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 31.

HOLMES C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1229-96, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 8-5-97, 21 p.)

Appel d'un jugement de première instance ((1996), 112 F.T.R. 98) rejetant l'appel de la décision d'un tribunal d'appel qui a conclu que le Tribunal des droits de la personne avait appliqué la bonne définition légale d'une exigence professionnelle justifiée (une EPJ), prévue à l'art. 15a) de la Loi canadienne sur les droits de la personne, en concluant que les normes de l'employeur en ce qui concerne la forme physique constituait une EPJ—L'employeur a révoqué l'inscription de l'appelant à titre de débardeur—

**DROITS DE LA PERSONNE—Fin**

L'appelant souffre d'une déficience par suite de blessures qu'il a subies pendant son enfance, soit un trouble de la parole, une démarche quelque peu maladroite et une atonie des extrémités gauches—Plusieurs incidents au travail ont soulevé des doutes quant à sa productivité et sa capacité de travailler de façon sécuritaire—L'appelant a soutenu que l'EPJ avait été établie sur le fondement d'une preuve impressionniste, même s'il y avait peu, voire une absence totale de preuve scientifique ou médicale—Appel rejeté—Bien que le juge McIntyre, dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, ait louangé la preuve scientifique relative aux EPJ et fait une mise en garde en ce qui concerne les dangers de la preuve impressionniste, il a également déclaré qu'il ne disait absolument pas qu'une «preuve scientifique» sera nécessaire dans tous les cas—La sorte de preuve requise dépend des circonstances—L'appelant a prétendu que le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il n'a pas conclu que le fait que M. Cahan, la personne directement responsable de son congédiement, l'ait traité d'«inadapté» était discriminatoire—L'avocat de l'appelant a prétendu que le juge de première instance avait également traité son client d'«inadapté»—M. Cahan a fait la déclaration suivante, en réponse à cette question de l'enquêteur de la Commission: «Quel autre employé a perdu son inscription parce qu'il posait un danger pour la sécurité?»—Réponse: «Pas beaucoup car nos effectifs ne comprennent pas beaucoup d'inadaptés»—Bien que cela équivalait à une allégation indirecte que l'appelant était un inadapté, cette allégation n'a pas été formulée d'une manière insultante en présence de l'appelant et, en fait, elle a été formulée longtemps après que ce dernier a été embauché—De plus, elle n'avait rien à voir avec un motif de distinction prévu par la loi, c'est-à-dire, une déficience—En effet, M. Cahan a témoigné que, pendant toute la durée de l'emploi de l'appelant, période pendant laquelle un congédiement discriminatoire aurait pu se produire, il n'a jamais été au courant de la déficience de ce dernier—Le mot «inadapté» portait sur les dangers pour la sécurité et non sur la déficience—Le juge du procès a eu raison de conclure que l'emploi du mot «inadapté» ne dénotait pas de la part des employeurs un préjugé contre M. Lee—Pour être discriminatoire au sens de la Loi, il aurait fallu que le mot exprime un état d'esprit préjudiciable relativement à la déficience—En l'espèce, cela ne s'est pas produit étant donné que M. Cahan ignorait que l'appelant avait une déficience et vu le libellé de la question à laquelle ce dernier répondait—L'unique mention du juge de première instance que l'appelant était un «inadapté» doit être interprétée de la même façon non péjorative dont il se décrit lui-même en tant qu'inadapté, dans certains contextes—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 15a).

LEE C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (A-437-96, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 25-4-97, 5 p.)

**ENVIRONNEMENT**

Demande d'autorisation de la Reine du chef de Terre-Neuve en vue d'intervenir dans des procédures de contrôle judiciaire—Les requérants dans les procédures principales cherchent à faire annuler une décision rendue par le ministre du Développement des ressources humaines autorisant la fourniture de fonds ou d'assistance financière pour la construction et l'exploitation du sentier Ptarmigan, à Nitassinan, Labrador, et statuant que le projet n'est pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants au sens de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale—L'un des moyens invoqués au soutien de la requête afin d'intervenir présuppose l'existence de droits autochtones en faveur des requérants sur la région des Mealy Mountains, au Labrador et les répercussions possibles sur la propriété et les droits civils dans la Province et la capacité de la Province de gérer ses ressources naturelles—Dans *Starr c. Puslinch (Township)* (1976), 12 O.R. (2d) 40, le juge de la cour divisionnaire de la Haute Cour de l'Ontario conclut que, pour être constituée partie, il suffit que l'issue du litige touche directement une tierce personne dans ses droits ou dans sa fortune—Demande rejetée—La Province n'a pas fait la preuve que l'issue du litige entre les requérants et les intimés toucherait directement ses droits ou sa fortune—La Province n'est pas directement touchée puisqu'il s'agit essentiellement d'un projet privé que la Province a simplement autorisé—L'avocat des requérants a affirmé que son affaire n'avait rien à voir avec les droits constitutionnels autochtones et le territoire autochtone sauf dans la mesure où la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale reconnaît ces droits—Les requérants s'appuient sur l'art. 20(1)a) de la Loi et, en conséquence, sur la définition d'«effets environnementaux» de l'art. 2 de la Loi qui mentionne l'«usage courant de terres et de ressources à des fins traditionnelles par les autochtones»—Dans la mesure où les requérants limitent, pour ce qui concerne les droits autochtones, leur argumentation et leur preuve à ce que la Loi prévoit, il n'y a pas de motif de permettre à la Province d'intervenir—Toute mention, dans les plaidoiries principales des droits autochtones et des territoires autochtones de la nation Innu, hors de la portée des art. 2 et 20, sera rayée—Les requérants auront droit de mentionner et d'invoquer l'«usage courant de terres et de ressources à des fins traditionnelles par les autochtones» et de présenter des éléments de preuve à cet égard, mais ils n'auront pas ce droit pour ce qui est «du territoire traditionnel autochtone des membres de la nation Innu qui exercent ces droits autochtones dans le secteur touché» ni pour ce qui est de leur «droit constitutionnel prioritaire de cueillette»—Le débat entre les requérants et les intimés se limitera à ces droits autochtones, s'il en est, qui sont mentionnés dans la Loi—Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 2 «effets environnementaux», 5(1)b), 20(1)a).

NATION INNU C. CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) (T-393-97, juge Nadon, ordonnance en date du 16-4-97, 10 p.)

**EXTRADITION**

Requête en ordonnance de surseoir à l'extradition aux États-Unis en attendant l'issue du recours en contrôle judiciaire, lequel tend à faire interdire au procureur général d'extrader et de livrer le requérant en attendant l'issue de sa revendication du statut de réfugié—Le procureur général a opposé une exception d'incompétence à l'avis de requête introductive d'instance par ce motif que la Cour fédérale n'a pas compétence en matière d'extradition—Le requérant, citoyen des États-Unis, affirme qu'il risque la peine de mort dans l'État de Floride s'il est extradé—Il soutient qu'il est un réfugié qui craint avec raison d'être persécuté en raison de sa race, parce que la peine de mort est appliquée de façon discriminatoire contre les hispano-américains aux États-Unis—Bien que la Règle 419 des Règles de la Cour fédérale n'autorise pas directement la radiation d'un avis de requête, l'exception est recevable si l'avis de requête est manifestement irrégulier au point de n'avoir aucune chance d'être accueilli—Les termes clairs et dénués d'ambiguïté de la Loi sur l'extradition dénie à la Cour la compétence pour connaître du recours en contrôle judiciaire contre une décision d'extradition—Même à supposer que la Cour ait compétence, le requérant n'a pas réussi à prouver qu'il a droit à la mesure de redressement provisoire recherchée—Il ne se pose en l'espèce aucune question sérieuse qui justifie une mesure de redressement provisoire—Il n'y a aucune possibilité que le requérant puisse être reconnu réfugié au sens de la Convention et autorisé à demeurer au Canada—La revendication du statut de réfugié au sens de la Convention est juste une manœuvre pour se soustraire à l'inévitable—Le requérant ne l'a déposée que quatre ans après qu'il en eut la possibilité et après l'arrêt d'extradition—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419.

GARCIA C. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) (T-382-97, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 15-4-97, 10 p.)

**FONCTION PUBLIQUE****APPELS**

Recours en contrôle judiciaire contre la décision rendue par un comité d'appel constitué en application de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—Les intimés occupaient le poste de «chef d'unité» au bureau de Halifax de Revenu Canada—Ce poste a été déclaré en désuétude par Revenu Canada et remplacé par le nouveau poste de «chef/coordonnateur d'équipe»—Concours organisés pour pourvoir à ce dernier sous le régime de l'art. 10(1) de la Loi—Les intimés ont échoué au concours—Le comité d'appel a conclu que le poste en question n'était pas nouveau—Il a accueilli l'appel des intimés—Revenu Canada a réparti tous les emplois en trois catégories—Pour les emplois révisés et mis à jour, aucune mesure de dotation nécessaire—Pour les emplois reclassifiés mais qui étaient déjà occupés, dotation confor-

**FONCTION PUBLIQUE—Suite**

mément à l'art. 10(2) de la Loi—Pour les emplois nouveaux, dotation conformément à l'art. 10(1) de la Loi—Le comité d'appel doit décider objectivement, à la lumière des faits de la cause, si un emploi nouvellement désigné est nouveau ou n'a subi que des changements mineurs qui ne nécessitent pas de nouvelles qualités chez le titulaire—La question de savoir si le poste de chef/coordonnateur d'équipe est un nouveau poste est une question de fait, à juger objectivement par le comité d'appel—Un changement dans la classification ne prive pas ce dernier de la compétence pour juger si, dans une réorganisation, un poste est nouveau ou non—La conclusion tirée par le comité d'appel que le poste de chef/coordonnateur d'équipe n'était pas nouveau, n'avait rien à voir avec la classification et, de ce fait, relevait bien de sa compétence—Cette conclusion était fondée sur les preuves et témoignages produits—Rien ne permet de dire qu'elle était erronée, ou qu'elle a été tirée de façon abusive ou arbitraire ou au mépris des éléments de preuve dont le comité était saisi—Il ne faut pas interpréter l'art. 10(2) de la Loi et l'art. 4(2) du règlement comme étant des dispositions impératives—L'emploi doit être fondé sur le mérite mesuré au moyen de concours—La Loi a pour objet de faire en sorte que chaque poste disponible soit occupé par la personne la mieux qualifiée—Le législateur et le pouvoir exécutif visent à faire en sorte que dans les cas prévus à l'art. 4(2)b(ii) du règlement, l'administration puisse se dispenser d'un concours pour la dotation—Revenu Canada a le pouvoir discrétionnaire de doter des postes par voie de concours sous le régime de l'art. 10(1), lors même que ces postes pourraient être dotés en fonction de la norme de compétence prévue à l'art. 10(2) de la Loi et à l'art. 4(2) du Règlement—Le pouvoir discrétionnaire de Revenu Canada en la matière n'est pas absolu, mais doit s'exercer de bonne foi et conformément aux principes de justice naturelle—Affaire renvoyée au comité d'appel pour nouvelle instruction—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 10—Règlement sur l'emploi dans la fonction publique, DORS/93-286, art. 4(2).

CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) C. LAIDLAW (T-692-96, juge Rothstein, ordonnance en date du 9-4-97, 13 p.)

**COMPÉTENCE**

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le Comité d'appel de la Commission de la fonction publique a conclu qu'il n'avait pas la compétence pour entendre les appels puisque les postes à l'égard desquels les appels ont été interjetés étaient des affectations plutôt que des nominations—Par un concours interne, deux employées ont été choisies pour remplir, au même salaire, les mêmes fonctions qu'elles remplissaient auparavant, mais dans un autre endroit (Hull), pour une période de six mois—Les requérantes se fondent sur *Wilkinson c. Canada (Comité d'appel de la*

**FONCTION PUBLIQUE—Fin**

*Commission de la Fonction publique*), [1984] A.C.F. n° 1045 (C.A.); *Lucas c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, [1987] 3 C.F. 354 (C.A.) pour soutenir que les postes visés étaient des nominations qui avaient été déguisées en affectations dans le but de contourner le principe du mérite—Dans *Canada (Procureur général) c. Brault*, [1987] 2 R.C.S. 489, la Cour suprême indique que le critère applicable en vue d'établir si une nomination a été faite est lorsque la modification des fonctions est suffisamment importante ou substantielle pour requérir des qualifications supplémentaires ou particulières exigeant une évaluation—En l'espèce, vu que les postes de Hull exigeaient des candidates choisies qu'elles remplissent essentiellement les mêmes fonctions que celles qu'elles remplissaient auparavant, ces postes ne devraient pas être considérés comme des nominations—Dans *Doré c. Canada*, [1987] 2 R.C.S. 503, la Cour indique que le fond devrait l'emporter sur la forme—Vu les conclusions de la Cour suprême dans *Doré et Brault*, il faut nécessairement qualifier la proposition articulée dans *Wilkinson*, précité, selon laquelle une mutation latérale devrait être considérée comme une nomination, en faisant intervenir des considérations quant à la durée des nouveaux postes et aux fonctions à remplir relativement à ces derniers—En conséquence, une mutation latérale devrait être considérée comme une nomination seulement si le nouveau poste exigeait l'accomplissement de fonctions différentes et si la durée de l'affectation à ce poste était considérable et indéterminée au point que le titulaire du poste serait présumé en détenir un net avantage—Aucune nouvelle fonction ne devant être remplie en l'espèce, et puisque les candidates choisies ne devaient occuper leurs nouveaux postes que pour une période courte et définie, la proposition de *Wilkinson*, nécessairement modifiée par deux décisions ultérieures de la Cour suprême, ne peut servir de fondement à une prétention selon laquelle une nomination a eu lieu en l'espèce—L'affaire *Lucas* a été réglée par la Cour d'appel fédérale avant l'avènement des décisions *Brault* et *Doré*—Une distinction peut être faite entre les faits de l'espèce et ceux de l'arrêt *Lucas*, car dans cette affaire, le niveau de titularisation de la candidate choisie avait changé, elle avait droit à un taux de rémunération supérieur en vertu de son nouveau poste, elle devait remplir de nouvelles fonctions et elle avait occupé le poste visé pendant une année—Demande rejetée.

ROBERTS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(T-2046-95, juge Denault, ordonnance en date du  
1-5-97, 6 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****CALCUL DU REVENU***Déductions*

Appel interjeté par la contribuable relativement à un nouvel avis de cotisation pour les années d'imposition 1978

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

à 1984—La contribuable demande une déduction pour bénéfices de fabrication et de transformation sur le fondement de l'art. 125.1 de la Loi de l'impôt sur le revenu pour le motif qu'une partie du revenu tiré de l'exploitation du silo à Port-Cartier (Québec) est attribuable à la fabrication et à la transformation—L'intimé a refusé le crédit d'impôt prévu à l'art. 125.1 pour chacune des années d'imposition parce que les bénéfices de fabrication et de transformation ne constituaient pas au moins 10 % de la totalité des bénéfices de l'entreprise et que les activités exercées au silo, à l'exclusion du nettoyage des grains, n'étaient pas liées à la fabrication et à la transformation au sens de l'art. 125.1—Établie à Winnipeg, au Manitoba, la contribuable agit à titre de mandataire autorisé de la Commission canadienne du blé et d'acheteur de blé—Le revenu gagné par la contribuable en raison de l'achat de blé correspond uniquement à la commission touchée et non au prix du blé avancé par la société américaine—La contribuable ne s'est pas adonnée à la spéculation concernant le prix du blé—Aucun risque commercial de perte financière à cause de l'achat—La somme à verser pour l'achat du blé n'a pas accru la valeur nette de la société, celle-ci n'ayant été qu'un intermédiaire de virement—La contribuable agissait à titre de mandataire pour le compte de la société américaine—Il existe quatre sortes de silo au Canada: le silo de base, le silo de transformation, le silo terminus et le silo de transbordement—L'exploitation du silo de Port-Cartier est autorisée à titre de silo de transbordement qui reçoit les grains et qui en facilite le chargement à bord de navires océaniques—Pendant toute la durée du transport, les grains demeurent la propriété de la Commission canadienne du blé jusqu'à leur livraison à l'acheteur—Le rapport établi est celui qui existe entre un preneur et un donneur à bail, où le silo a la possession du blé pour le compte de la Commission jusqu'à son acheminement à l'acheteur—Dans le calcul des bénéfices de fabrication et de transformation, la contribuable a inclus dans le revenu provenant d'activités admissibles le revenu tiré du transport (tous les frais liés à l'acheminement des grains vers le silo), les frais de conditionnement (aération, fumigation et nettoyage) et la moitié du revenu provenant des droits de port, de l'arrimage et du stockage—Pendant les années d'imposition considérées, le ministre a assimilé le revenu tiré du silo à un revenu provenant d'une société de personnes—La fabrication ou la transformation d'un article est un processus global qui ne peut être divisé en plusieurs étapes distinctes—Des articles transformés doivent être destinés à la vente ou à la location au Canada—Le silo en cause servait principalement à des fins de transport—La contribuable était rémunérée pour le transport assuré, et non pour ses services de transformation—La transformation en l'espèce visait strictement la préservation du produit, et non son amélioration ou sa modification—La contribuable fournissait un service et ne s'adonnait pas à la fabrication d'articles destinés à la vente au sens de l'art. 125.1—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 125.1 (édicé par S.C. 1973-74, ch. 29, art. 1).

RANGE GRAIN CO. C. CANADA (T-411-88, juge  
Weston, jugement en date du 7-3-97, 14 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

Appel d'une nouvelle cotisation par laquelle le ministre a refusé la déduction de frais de déménagement—Le contribuable a déménagé de sa résidence principale de Penetanguishene et de sa résidence secondaire de Toronto à sa nouvelle résidence de Don Mills, où se trouvait le bureau dont il se servait pour exploiter une entreprise en tant qu'écrivain et inventeur—La distance qui sépare Penetanguishene de Don Mills est de 155 kilomètres—Appel interjeté devant la C.F. 1<sup>re</sup> inst. plutôt que devant la Cour de l'impôt dans le but d'infirmier le jugement *Bracken c. Ministre du Revenu national* (1984), 84 DTC 1814, qui est défavorable à la thèse du contribuable et dans lequel la Cour de l'impôt a interprété l'art. 62(1) en concluant qu'il exigeait quatre éléments distincts: l'ancien lieu de travail, le nouveau lieu de travail, l'ancienne résidence et la nouvelle résidence—L'appel est accueilli—Application du jugement *Giannakopoulos c. M.R.N.*, [1995] 3 C.F. 294 (C.A.)—Il est réaliste, logique et conforme au contexte de la réalité de la vie au Canada de comprendre que la résidence d'une personne peut fort bien se confondre avec son lieu de travail, comme c'est le cas en l'espèce—L'interprétation qui a été retenue dans le jugement *Bracken* est irréaliste et illogique et elle ne tient pas compte du contexte et elle est, par conséquent, erronée en droit—Le contribuable a le droit de déduire ses frais de déménagement—La patience peu commune dont le contribuable a fait preuve pour faire corriger l'erreur manifeste commise dans son cas constitue un motif spécial qui justifie de lui adjuger les dépens—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 62(1).

TEMPLETON C. CANADA (T-2405-88, juge Campbell, jugement en date du 4-4-97, 6 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****CONTREFAÇON**

Action en vue d'obtenir des injonctions pour empêcher les défenderesses d'utiliser des capsules de la même taille, de la même forme et de la même couleur que celles employées par les demanderesses pour le chlorhydrate de fluoxétine (Prozac) pour le motif qu'il s'agirait d'une imitation frauduleuse (*passing-off*) interdite par l'art. 7b) de la Loi sur les marques de commerce—Le chlorhydrate de fluoxétine est utilisé dans le traitement de la dépression, des comportements obsessionnels-compulsifs, de la boulimie et de l'autisme—Lilly U.S. détenait un brevet de procédé pour la fluoxétine—Ce brevet arrivait à expiration le 20 mars 1996—Lilly Canada a été l'unique fournisseur de fluoxétine sur le marché canadien de janvier 1989 au 20 mars 1996—Un accord daté de janvier 1991 conférait à Lilly Canada le droit de fabriquer, d'utiliser, de distribuer et de vendre les produits de Lilly ainsi que celui d'utiliser, relativement à ces produits, certaines marques de commerce, noms de marque

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

et marques maison appartenant à Lilly U.S.—Le 30 juin 1995, en prévision de l'expiration du brevet, Lilly Canada a conclu avec PMS un accord autorisant cette dernière à distribuer et à vendre des versions génériques de fluoxétine—PMS a reconnu que l'apparence du produit constituait des marques de commerce de Lilly Canada—En 1995, l'accord de 1991 a été modifié pour confirmer que Lilly Canada avait toujours été autorisée par Lilly U.S. à utiliser l'apparence du produit—Le 10 novembre 1995, l'accord du 30 juin 1995 a été modifié pour autoriser PMS à utiliser l'apparence du produit—Avant l'arrêt *Ciba-Geigy Canada Ltd. c. Apotex Inc.*, [1992] 3 R.C.S. 120, une similarité dans l'apparence des médicaments délivrés sur ordonnance ne donnait pas lieu à une action en imitation trompeuse (*passing-off*) parce qu'elle n'induisait pas en erreur les pharmaciens, les dentistes et les médecins (la clientèle de ces produits) et que ceux-ci ne choisissent pas les médicaments d'après leur apparence—Dans l'arrêt *Ciba-Geigy*, la Cour a statué qu'il est également pertinent de tenir compte du consommateur ultime, le patient, pour décider s'il y a ou non imitation frauduleuse (*passing-off*)—Les médecins ne se fient pas à l'apparence pour décider de prescrire un médicament en particulier—Normalement, les pharmaciens ne décident pas de stocker une marque de médicament en fonction de son apparence, mais PMS-Fluoxétine a fait exception—Tant que le produit PMS a été le seul médicament générique vendu en capsules ayant la même taille, la même forme et la même couleur que celles de Prozac, les pharmaciens préféraient le stocker parce qu'ils avaient ainsi moins d'explications à donner à la clientèle—Lorsque les capsules sont de couleur différente, les consommateurs se demandent si c'est le bon médicament qui leur a été prescrit—Normalement, les consommateurs ne voient la taille, la forme et la couleur des capsules qu'après les avoir achetées—Il n'y a aucune différence de qualité entre les produits génériques de fluoxétine des défenderesses et les produits Prozac ou PMS-Fluoxétine des demanderesses—L'apparence d'un médicament peut diminuer la confiance d'un patient dans son efficacité et ainsi influencer l'efficacité du médicament—Ni les capsules bicolores de Prozac, ni les couleurs choisies pour celui-ci ne sont essentiellement distinctives—Les défenderesses ont décidé de copier l'apparence des capsules de la société innovatrice parce que l'apparence était associée au genre de médicament et à la forme posologique—Elles nient avoir eu l'intention de faire passer leurs produits pour ceux des demanderesses—Les capsules des défenderesses diffèrent de celles des demanderesses par leurs extrémités, par les inscriptions qu'elles portent et, parfois, par la taille—Dans une affaire d'imitation frauduleuse, il faut prendre en considération tant les consommateurs potentiels du produit en question que les consommateurs actuels—Il n'est pas facile de déterminer qui sont les consommateurs potentiels—Les utilisateurs passés et actuels de Prozac sont les seules personnes qui ont vu l'apparence de la capsule—Les gens associent peu les couleurs de la capsule à une source, le nom Prozac aux



## MARQUES DE COMMERCE—Suite

véritables couleurs de la capsule et les couleurs vert et jaune pâle au nom Prozac—En ce qui concerne les considérations d'ordre public, d'une part, les patients ont le droit de savoir quelle marque de médicament ils reçoivent et la présentation des différentes marques dans des capsules de couleur différente leur fournirait un moyen facile de reconnaître les différentes marques et, d'autre part, le fait que les mêmes médicaments et les diverses formes posologiques de ceux-ci se présentent dans des capsules de la même taille, de la même forme et de la même couleur constitue une sécurité qui permet aux patients et aux professionnels de la santé de s'apercevoir rapidement d'une erreur possible dans le médicament délivré et grâce à laquelle les patients, plus particulièrement les personnes âgées, peuvent faire la distinction entre leurs médicaments—Action rejetée—L'acceptation d'un témoignage d'expert sous forme d'affidavit ne confère pas à ce témoignage une valeur supérieure à celle qu'il aurait eue s'il avait été présenté oralement—Il s'agit d'un simple mécanisme procédural qui permet d'abrèger l'instruction—Le témoignage est quand même évalué selon les critères habituels, notamment en fonction du comportement du témoin à la barre pendant le contre-interrogatoire—L'art. 7 de la Loi sur la preuve au Canada permet seulement d'appeler cinq témoins de chaque côté pour donner un témoignage d'opinion—Cet article a été interprété comme ne s'intéressant qu'aux témoignages d'opinion d'expert et comme limitant à cinq le nombre de témoins par sujet ou par question de fait soulevés dans une cause, non à cinq témoins au total—Cet article ne s'applique pas au cas où des actions distinctes sont entendues simultanément; il n'y a aucune jurisprudence portant sur le sens à donner à «côté»; interpréter le mot «côté» comme synonyme de partie conduirait à un résultat plutôt illogique—Ce genre de question aurait dû être tranchée quand les parties ont demandé que les actions soient inscrites au rôle pour être entendues en même temps—La Cour a ordonné aux demanderesse de fournir aux défenderesses, par voie de communication préalable, plus de renseignements au sujet de ce que ces dernières devaient établir—Concernant une objection selon laquelle une ordonnance sur la gestion des cas avait refusé une telle divulgation, il y lieu de remarquer que le juge du procès peut être informé de circonstances et posséder des renseignements dont ne bénéficie pas toujours le juge de gestion des cas—Les poursuites permettent un meilleur règlement des différends lorsqu'il se produit le moins de surprises possible à l'instruction—L'art. 50 de la Loi sur les marques de commerce prévoit que si une licence est octroyée à une entité, l'emploi de la marque par cette entité a le même effet et est réputé avoir toujours eu le même effet que s'il s'agissait de celui du propriétaire—Si Lilly Canada était un usager sous licence de l'apparence de la capsule et que l'apparence de la capsule constituait une marque de commerce, alors, l'usage de cette marque de commerce par Lilly Canada s'appliquerait au profit de Lilly U.S.—L'accord de 1991 ne donnait pas à Lilly Canada le droit d'utiliser l'apparence de la capsule comme marque

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

de commerce, mais lui permettait d'avoir accès aux renseignements nécessaires pour fabriquer les capsules—Comme l'accord contient une disposition prévoyant qu'il s'agit de l'accord définitif des parties sur ce sujet et une autre qui interdit toute modification sauf par document écrit, l'emploi de l'apparence de la capsule comme marque de commerce ne peut avoir fait l'objet d'une convention orale, indépendamment des clauses prévues dans l'accord écrit—L'accord ne mentionne pas le droit d'utiliser l'apparence de la capsule comme marque de commerce—À l'époque de sa signature (avant l'arrêt *Ciba-Geigy*), il est probable que les parties estimaient qu'il était impossible de considérer l'apparence d'une capsule comme une marque de commerce—Lilly U.S. contrôlait l'emploi de l'apparence de la capsule faite par Lilly Canada—Cette situation ne signifie pas qu'elle lui avait enjoint d'utiliser l'apparence de la capsule comme marque de commerce—Les plaidoiries n'invoquaient pas l'utilisation faite sans licence par Lilly Canada pour revendiquer des droits acquis pour Lilly U.S.—Cette prétention n'a été soulevée qu'à la toute dernière minute dans le débat—L'art. 50(1) doit être interprété en fonction des dispositions sur l'usager inscrit qu'il a remplacées—Il vise à corriger la situation lorsqu'une licence existe, mais n'a pas été enregistrée—Cette disposition n'assimile pas une utilisation antérieure à l'octroi d'une licence à une utilisation qui s'applique au profit du titulaire—L'association de l'apparence d'une capsule avec deux désignations différentes de source commerciale entraîne, en soi, l'absence de tout caractère distinctif—Pour ce simple fait, l'action des demanderesse doit être rejetée—L'art. 7b) interdit d'appeler l'attention du public sur ses marchandises de manière à causer de la confusion entre elles et celles d'un autre—Pour obtenir gain de cause dans une action en imitation frauduleuse (*passing-off*), les demanderesse doivent établir que les défenderesses ont faussement représenté leurs produits aux clients éventuels ou aux consommateurs ultimes—L'apparence de la capsule des défenderesses n'a pas pour effet d'amener le consommateur à demander leurs produits plutôt que ceux des demanderesse—Sur le marché, l'apparence de la capsule ne sert pas d'élément identificateur en fonction duquel le consommateur choisit une marque de fluoxétine plutôt qu'une autre—Les défenderesses ont décidé d'utiliser des capsules de la même couleur que celles des demanderesse afin de permettre de reconnaître un médicament qui, au point de vue thérapeutique, est équivalent au produit des demanderesse, non pour faire passer leurs produits pour ceux des demanderesse aux yeux du grand public—Il peut y avoir tromperie sans intention de tromper, mais, en l'espèce, l'intention de tromper était absente—L'apparence de la capsule ne jouait pas ce rôle—Dans une action en imitation frauduleuse (*passing-off*), le demandeur doit prouver un achalandage lié à sa marque de commerce ou à sa présentation—L'achalandage est le résultat de l'association, dans l'esprit des consommateurs, de la marque de commerce ou de l'apparence aux marchandises du demandeur ou à une source ou une origine commerciale—Les

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

demandersses n'ont pas établi que l'apparence de la capsule a acquis, sur le marché, la réputation requise à titre de caractère distinctif de leur produit—Les demandersses devaient encore démontrer que l'utilisation faite par les défenderesses d'une capsule dont l'apparence est similaire à la leur entraîne une possibilité de confusion—La possibilité de confusion doit s'appuyer sur une certaine preuve—Rien ne prouve l'existence d'une véritable confusion—Les demandersses n'ont pas prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que la vente de fluoxétine par les défenderesses dans des capsules similaires aux leurs est susceptible d'entraîner un risque important de confusion—Une distinction a été faite avec les décisions qui portent sur l'apparence des médicaments délivrés sur ordonnance et qui émanent d'autres ressorts parce que les usages en matière de prescription, de délivrance et de commercialisation y sont différents—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 7b), 50 (mod. par L.C. 1993, c. 15, art. 69)—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 7.

ELI LILLY AND CO. C. NOVOPHARM LTD. (T-2432-95, juge Reed, jugement en date du 25-4-97, 72 p.)

La forme d'une invention visée par un brevet expiré peut-elle faire l'objet de droits afférents à des marques de commerce—Jugement sommaire—Il est allégué dans l'action principale qu'il y a eu contrefaçon d'une marque de commerce formée de la forme ovale distinctive de l'extrémité d'une attache de câble et des mots «Barb tie»—Le brevet visant les attaches de câble était expiré—La requête présentée en vertu de la Règle 432.3 en vue d'obtenir un jugement *sommaire rejetant l'action pour le motif qu'il n'y a aucune question sérieuse à instruire* (l'attache pour câble de forme ovale est la configuration optimale du brevet maintenant expiré et elle ne peut par conséquent faire l'objet de droits afférents à des marques de commerce; aucune allégation d'emploi au Canada de la marque de commerce «Barb tie») —Requête accueillie; action rejetée—Lorsqu'un brevet expire, le public est libre d'utiliser pleinement l'invention de la manière précise dont le breveté avait le droit de l'utiliser lorsque le brevet était en vigueur—Le breveté ne peut revendiquer des droits afférents à des marques de commerce relativement à la façon même dont le brevet expiré indique au public de fabriquer l'invention—Il existe de bonnes raisons pour ne pas étendre ainsi le monopole conféré par les brevets—Exiger du fabricant qu'il expérimente différentes configurations ou qu'il prouve que la configuration est principalement fonctionnelle réduirait l'utilisation qui peut être faite de l'invention révélée dans le brevet expiré—Dans sa demande de brevet, l'inventeur a indiqué que la configuration ovale de l'extrémité était la configuration optimale—Le breveté a dit que l'utilisation fonctionnelle de l'invention comporte une extrémité ovale—Le demandeur revendique maintenant l'extrémité de forme ovale comme signe distinctif qui ne peut être copié—Le breveté ne peut se fonder sur le caractère distinctif que sa présentation peut avoir acquis

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

au cours de la période de monopole pour priver le public du plein usage de l'invention révélée dans son brevet expiré—Le breveté dispose d'autres moyens pour indiquer la provenance de ses marchandises—De plus, la demanderesse n'a pas produit de preuve d'emploi de la marque de commerce au Canada—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 432.3 (éditée par DORS/94-41, art. 3).

THOMAS & BETTS, LTD. C. PANDUIT CORP. (T-1415-96, juge Richard, ordonnance en date du 23-4-97, 22 p.)

**PRATIQUE****APPELS ET NOUVEAUX PROCÈS**

Caractère théorique—Décès de l'appelant—L'appelant, reconnu coupable de crimes de guerre en Tchécoslovaquie, s'est évadé et est entré au Canada en 1950, sans révéler cette information—Lorsque l'affaire a été révélée et qu'il a fallu déterminer si l'appelant devait être expulsé, l'arbitre a décidé qu'il ne pouvait y avoir d'expulsion parce que l'appelant avait acquis le domicile canadien—Le juge des requêtes a annulé la décision au motif que l'appelant n'a pu acquérir le domicile canadien, car il n'a pas été légalement admis au Canada et n'a pas été «reçu»—En conséquence, il ne pouvait pas bénéficier de la protection de l'art. 19(1e)(viii) de la Loi sur l'immigration ([1997] 1 C.F. 260 et [1996] 3 C.F. F-6)—Trois questions ont été certifiées—L'appelant est décédé après que le présent appel a été pleinement débattu sur le fond, mais avant que le jugement puisse être rendu—Appel rejeté du fait de son caractère théorique—La question était de savoir si la Cour devrait, malgré le caractère théorique de l'appel, exercer son pouvoir discrétionnaire pour rendre un jugement, conformément à *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342—Il existe trois raisons d'être de la politique ou de la pratique voulant qu'un tribunal puisse refuser de juger une affaire qui ne soulève qu'une question hypothétique ou abstraite—1) La nécessité d'un contexte contradictoire n'est pas déterminante en l'espèce, car les points en litige dans cet appel ont été débattus complètement par les parties et les intervenants—2) Une analyse de la deuxième raison d'être (*l'économie des ressources judiciaires*) amène la Cour à exercer son pouvoir discrétionnaire contre le fait de rendre jugement—Il n'est pas question en l'espèce d'une affaire où une décision aurait des effets secondaires concrets sur les droits des parties, ni d'une affaire de nature répétitive et de courte durée—La question de l'importance publique qui est en cause dans cet appel ne suffit pas, en soi, pour surmonter le caractère théorique car il n'existe pas de circonstances spéciales qui font qu'il vaut la peine d'utiliser les ressources judiciaires restreintes dont on dispose pour la régler—(3) Bien que les questions d'interprétation légale soulevées dans le présent appel relèvent de la fonction classique d'élaboration du droit de la présente Cour, cette dernière n'est pas l'arbitre ultime du différend qui se pose dans le présent

**PRATIQUE—Suite**

appel—Ce rôle revient à la Cour suprême du Canada—Indépendamment de la question de savoir si le présent appel a été accueilli ou rejeté, les avocats n'ont pu avoir d'instructions sur le fait de solliciter ou de refuser une demande éventuelle d'autorisation d'appel devant la Cour suprême du Canada ou de faire valoir le bien-fondé d'un appel devant cette Cour—Loi sur l'immigration, S.R.C. 1952, ch. 42, art. 19(1*e*)(viii).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. NEMSILA (A-782-96, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 27-5-97, 16 p.)

**COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES**

Appel d'une décision par laquelle le protonotaire adjoint a rejeté la requête présentée par les défenderesses en vue d'obtenir la production de certains dossiers de brevet (correspondance entre le conseiller interne américain des demanderesses exerçant ses activités aux États-Unis et l'agent de brevets canadien à qui la poursuite des brevets canadiens des demanderesses avait été confiée) pour le motif que les documents sont protégés par le secret professionnel de l'avocat—Les documents sont pertinents au litige actuel, mais ils n'ont pas été rédigés en vue d'un litige—Le protonotaire adjoint a déclaré que le secret professionnel existait parce que l'avocat américain des demanderesses avait expressément demandé des renseignements reçus d'un agent de brevets canadien dans le but de donner un avis juridique à sa cliente—Appel accueilli—Le protonotaire adjoint a commis une erreur de droit en statuant que les documents ne devaient pas être produits—Selon une jurisprudence canadienne prépondérante et concluante, les communications entre un client et un agent de brevets ne font pas l'objet du secret professionnel, à moins que les documents aient été préparés par l'intermédiaire de l'avocat du client et qu'ils l'aient été en vue d'un litige—*A fortiori*, lorsque, comme en l'espèce, il n'y a aucune indication qu'un litige est envisagé, le secret professionnel de l'avocat ne s'applique pas à la correspondance d'un agent de brevets—Le fait que l'avocat américain n'était pas compétent pour donner des conseils à ses clientes américaines sur le droit canadien des brevets sur la base des renseignements fournis par l'agent de brevets canadien est une autre raison pour ne pas appliquer le secret professionnel—L'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860 a été interprété.

WHIRLPOOL CORP. C. CAMCO INC. (T-2028-95, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 11-4-97, 6 p.)

**JUGEMENTS ET ORDONNANCES**

Requête présentée en vertu de la Règle 5 pour déterminer si le juge Rouleau de la Section de première instance est *functus officio*—Le 9 juin 1988, le juge Rouleau a rendu

**PRATIQUE—Suite**

jugement en faveur des demandeurs—Le 9 décembre 1989, à la suite de ce jugement, le juge Rouleau a évalué les dommages-intérêts—La GRC a effectué une descente au siège social de Ross Brothers (1975) Inc. en avril 1979—Au cours de cette descente, elle a saisi une certaine quantité de bijoux—Le juge Rouleau a statué que les employés de la défenderesse ne se sont pas conformés aux dispositions expresses de la Loi sur les douanes, que la saisie est illégale et invalide—Il a accordé aux demandeurs 25 p. 100 de la valeur des bijoux saisis jugés les plus faciles à vendre—Le fait pour la défenderesse de ne pas avoir permis aux demandeurs de choisir des bijoux a donné lieu à la demande de recouvrement de dommages-intérêts correspondant à 25 p. 100 du montant total de 720 000 \$ plus l'intérêt simple à 6 p. 100 par année—Le juge Rouleau a examiné la possibilité d'accorder aux demandeurs une compensation en espèces, des dommages-intérêts—Aucun remède absolu subsidiaire à la compensation—Il ressort de la décision que les demandeurs doivent être compensés pour la saisie illégale par le retour des articles saisis illégalement—Le juge Rouleau a examiné toutes les questions pertinentes et a rendu sa décision—Il ne lui restait plus rien à faire—Le juge Rouleau est *functus officio*—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 5—Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, ch. C-40.

TERRASSE JEWELLERIES INC. C. CANADA (T-813-83, juge Nadon, ordonnance en date du 16-4-97, 9 p.)

**PARTIES***Jonction*

Requête en vue de constituer défendeurs quatre employés de la défenderesse—Suivant la déclaration, le navire du demandeur a chaviré et coulé le 3 août 1994, par suite de la négligence de la défenderesse elle-même et de ses employés—Malgré quatre lettres diligentes restées sans réponse qui demandaient les noms des employés et deux demandes sollicitant un affidavit de documents, il a fallu que le demandeur procède à l'interrogatoire préalable du président de la défenderesse, le 16 octobre 1996, pour obtenir ces noms—Aux termes de la Règle 1716(2)*b*) des Règles de la Cour fédérale, la Cour peut, à tout stade d'une action, ordonner que soit constituée partie une personne dont la présence est «nécessaire[s] pour assurer qu'on pourra valablement et complètement juger toutes les questions en litige dans l'action et statuer sur elles»—Aux termes de l'art. 4(1)*d*) de la Limitation Act de la Colombie-Britannique, l'écoulement du délai fixé pour l'introduction d'une action ne constitue pas un obstacle à la constitution d'une nouvelle partie comme défenderesse, «conformément à toute règle de droit applicable», en ce qui concerne toute réclamation se rapportant, même indirectement, à l'objet de l'action primitive—Le demandeur prétend que la Règle 1716 est la «règle de droit applicable» qu'exige l'art. 4(1)*d*)—

**PRATIQUE—Suite**

Requête rejetée—Le critère énoncé à la Règle 1716(2)*b*) est de savoir si la partie éventuelle est nécessaire pour assurer qu'on pourra valablement et complètement juger toutes les questions en litige dans l'action et statuer sur elles—La Règle 1716 accorde à la Cour un pouvoir discrétionnaire—La Règle 1716 devrait être interprétée de façon large, car, règle générale, une modification devrait être autorisée tant qu'elle est sollicitée de bonne foi et qu'elle ne causera pas à l'autre partie un préjudice que les dépens ne pourraient réparer—Les employés sont des témoins nécessaires, mais pas des parties nécessaires—La défenderesse, en tant qu'employeur de l'équipage de déchargement, serait responsable du fait de la négligence de ses employés—Rien ne donne lieu de croire que la compagnie défenderesse ne sera pas en mesure de payer et que le demandeur devrait se tourner vers les employés en leur qualité personnelle pour obtenir ses dommages-intérêts—D'un autre côté, si l'action contre la compagnie défenderesse devait échouer, il est difficile de voir comment elle pourrait réussir contre les employés de la défenderesse, car rien ne permet de croire que l'accident est survenu autrement que dans le cadre de l'emploi par la défenderesse de l'équipage de déchargement—Bien que l'interrogatoire au préalable des employés mêmes serait plus efficace, cela ne fait pas d'eux des parties nécessaires—Si l'interrogatoire préalable du président de la compagnie défenderesse devait s'avérer insatisfaisant, le demandeur pourra toujours se prévaloir de son droit de recourir à un deuxième interrogatoire préalable d'une personne plus indiquée—L'intérêt de la justice ne commande pas que les employés soient constitués parties, car ces défendeurs engageraient des frais considérables, sans que leur participation n'influe sur l'issue de l'action—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1716(2)*b*)—Limitation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 236, art. 4(1)*d*), 6(3).

ATLEO C. NEPTUNE PACKERS LTD. (T-360-96, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 5-3-97, 6 p.)

Contrôle judiciaire d'une instance visant à empêcher le ministre des Transports de délivrer des exemptions temporaires permettant d'utiliser au Canada deux hélicoptères russes de marque Kamov KA32A—VIH Logging Ltd., un concurrent de la requérante, a été choisie par le fabricant, la société Kamov de Moscou, en vue d'utiliser les deux hélicoptères—VIH estime qu'elle devrait être constituée partie aux présentes procédures dans le but de protéger ses intérêts et de répondre aux allégations de la société Coulson—La Règle 1600 définit la personne intéressée—VIH devrait avoir l'occasion de se défendre et de défendre sa position, mais elle est tombée dans des crevasses, sinon des lacunes, que présentent les règles—Il n'existe encore aucune décision du ministre des Transports à contrôler—VIH, qui n'a pas encore comparu devant un organisme décisionnel dont la décision doit être soumise à un contrôle judiciaire, ne peut donc revendiquer qu'elle a le statut d'une personne intéressée ayant le droit d'être constituée partie aux termes

**PRATIQUE—Suite**

de la Règle 1602(3), même s'il est possible qu'elle soit directement touchée par l'issue de la présente instance—VIH devrait obtenir une mesure de redressement pour réfuter des allégations d'accusations et de sous-entendus de la part de Coulson aux clients de VIH à propos de l'utilisation d'hélicoptères non sécuritaires—VIH, à titre d'exploitant d'hélicoptères ayant acquis une expérience de quelque 1 400 heures de débusquage par hélicoptère en utilisant le prototype KA32T, jettera un éclairage nouveau sur l'affaire—Permettre que VIH soit exclue de la présente instance serait autoriser un emploi abusif des procédures—VIH ne peut être mise en cause ni en vertu de la Règle 1602(2) ni en vertu de la Règle 1611—Elle est donc ajoutée à titre d'intimée en application des Règles 5 et 1716(2)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 5, 1600 (éditée par DORS/92-43, art. 19), 1602 (éditée, *idem*), 1603 (éditée, *idem*), 1611 (éditée, *idem*), 1716(2).

COULSON AIRCRANE LTD. C. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS) (T-403-97, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 2-5-97, 10 p.)

**PLAIDOIRIES***Requête en radiation*

Requête visant à obtenir la radiation de la déclaration pour le motif qu'elle n'a pas été produite dans le délai de 90 jours prescrit par l'art. 135 de la Loi sur les douanes—L'avis d'infraction à la Loi sur les douanes a été envoyé par courrier recommandé, le 30 octobre 1996, à «Satellite Supply Division» à l'attention de M. David Woodall—Il a été reçu le 4 novembre 1996—Le 24 janvier 1997, la demanderesse a fait parvenir au greffe de la Cour fédérale à Ottawa une déclaration portant appel de la décision du ministre—La déclaration a été reçue le 30 janvier 1997—L'art. 48(2) de la Loi sur la Cour fédérale prévoit que l'acte introductif d'instance peut être envoyé au greffe par courrier recommandé—La demanderesse affirme que l'art. 48(2) n'exige pas qu'il soit parvenu au greffe—Elle soutient que l'appel n'a pas été engagé après l'expiration du délai prescrit, car l'avis de la décision ministérielle n'est parvenu au greffe que le 4 novembre 1996 et que la déclaration a été envoyée par courrier recommandé le 24 janvier 1997—Il s'agit de déterminer les dates auxquelles la déclaration est présumée avoir été produite et l'avis de la décision ministérielle est présumé avoir été reçu—Demande accueillie—L'argument de la demanderesse est insoutenable—Suivant la jurisprudence et le libellé de la Loi sur la Cour fédérale concernant le «dépôt», il y a dépôt à la date à laquelle le document est reçu par le greffe—Suivant la Règle 2(1), «déposer» signifie «déposer au greffe»—Il s'agit davantage que de la simple expédition par courrier recommandé—L'expression «au greffe» laisse entendre que le document doit être reçu «au» greffe avant qu'il ne soit considéré comme déposé—Si le Parlement avait voulu que la simple

**PRATIQUE—Suite**

expédition de documents par courrier recommandé constitue leur dépôt, il l'aurait indiqué—L'art. 48(2) prévoit simplement un autre moyen par lequel une personne peut remettre au greffe un document qui doit être déposé—La Règle 200(5) prévoit qu'un document peut être déposé par envoi postal au bureau du greffe, mais qu'il ne sera en aucun cas considéré comme ayant été remis tant qu'il n'y sera pas parvenu—La Règle 201 exige la tenue d'un dossier dans lequel les documents sont dûment estampillés pour indiquer la date et l'heure de la réception—Ces dispositions indiquent qu'il n'y a «dépôt» qu'une fois que le document est reçu—La jurisprudence n'étaye pas l'argument de la demanderesse—Il n'y a pas eu dépôt de la déclaration tant que celle-ci n'a pas été reçue le 30 janvier 1997—Le nom utilisé comme destinataire est celui sous lequel la demanderesse exploite son entreprise et qu'elle a utilisé dans des lettres antérieures afin de demander et d'obtenir des avis du ministre—Lorsque la personne sollicite la décision du ministre conformément à l'art. 131, l'avis de la décision est envoyé par courrier recommandé à la dernière adresse connue de la personne et l'avis entre en vigueur à la date de la mise à la poste en vertu des art. 137 et 149—L'avis de la décision du ministre a été donné le 30 octobre 1996—Les procédures n'ont pas été engagées dans le délai de 90 jours—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 48—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 2(1) «déposer», 200(5), 210—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 131 (mod. par L.C. 1993, ch. 25, art. 84), 137, 149.

928412 ONTARIO LTD. C. CANADA (T-170-97, juge Mackay, ordonnance en date du 6-5-97, 9 p.)

**SUSPENSION D'INSTANCE**

Requête en suspension du jugement déclaratoire du juge Campbell ([1997] 1 C.F. 874) en attendant de l'issue de l'appel—En 1990, le ministre a ordonné l'application des quotas individuels de bateau (QIB) pour la pêche au flétan de la côte ouest—Le système des QIB est entré en vigueur pour la saison 1991; il a été maintenu jusqu'ici—Le QIB est fondé à 70 p. 100 sur les prises de la meilleure des saisons 1986 à 1989 du détenteur du permis, et à 30 p. 100 sur la longueur du navire—La restriction applicable au détenteur actuel (RADA) contenue dans le QIB faisait que certains détenteurs de permis étaient exclus de la meilleure des quatre saisons—Le juge Campbell a conclu que la décision prise en 1990 de mettre en œuvre la RADA était illégale et donc nulle, et que chacune des décisions semblables prises par la suite était illégale et nulle elle aussi—La Cour d'appel a reconnu à la Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild la qualité d'intervenante dans l'appel—Requête rejetée—Application des critères définis par l'arrêt *RJR — MacDonald c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311—(1) L'intervenante a un dossier sérieux—Les conclu-

**PRATIQUE—Fin**

sions qu'elle soumettra à la Cour d'appel ne seront pas frivoles—Si la Cour d'appel avait jugé qu'elles le seraient, elle ne lui aurait pas reconnu la qualité d'intervenante—(2) L'intervenante n'a pas convaincu la Cour que ses membres subiront un préjudice irréparable si la décision en question n'est pas suspendue—Le ministère des Pêches et des Océans (MPO) a le pouvoir discrétionnaire d'instituer un système de quotas sans RADA, mais selon toute formule que le ministre, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, jugerait équitable pour tous les détenteurs de permis—Aucun risque de préjudice irréparable pour les demandeurs ou pour les intervenants—Les requérants soutiennent que si les intimés gagnent leur appel, une pression considérable s'exercera sur le MPO pour combler les pertes subies par les 395 détenteurs de permis, et pour rajuster le QIB de tout un chacun à l'avenir pour combler les pertes, ce qui ajoutera à sa charge administrative—Un inconvénient causé au MPO ne se traduit pas par un préjudice, et moins encore un préjudice irréparable, pour l'intervenante—Le fait que le MPO sera forcé de rajuster le QIB au cours des années qui viennent indique qu'aucune partie ne subira un préjudice irréparable, car quoi qu'il arrive, les quotas peuvent être rajustés—Si la décision du juge Campbell était défectueuse au point que l'exécution en instituerait le chaos dans la pêche au flétan, les défendeurs auraient demandé la suspension eux-mêmes—En fait, ils reconnaissent qu'ils ne subiront aucun préjudice irréparable et sont en mesure de gérer la pêche au flétan, que la décision en question soit suspendue ou non—Au cas où la décision du juge Campbell serait infirmée par la Cour d'appel, le ministre pourrait, en fixant les quotas pour les années à venir, ajouter au quota de chaque détenteur de permis qui avait subi une perte en raison de cette décision—(3) La balance des préjudices éventuels engage à prononcer en faveur des demandeurs—Pendant six ans, ils ont été privés d'une part de leur quota de prises—La Cour dit «leur quota de prises» puisque la RADA contenue dans le QIB a été jugée invalide et discriminatoire et demeurera telle jusqu'à décision contraire de la Cour d'appel—Si une partie devait subir un préjudice irréparable, ce serait les demandeurs, en faveur desquels une décision a été rendue—Ils ne devraient pas attendre encore un an pour avoir le quota de prises qui leur revient.

CARPENTER FISHING CORP C. CANADA (T-554-91, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 4-3-97, 16 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Demande de contrôle judiciaire visant à faire annuler la décision par laquelle un arbitre a conclu que l'intimée avait été licenciée injustement de son poste d'agente d'éducation et de développement économique par le Conseil de Bande de la Bande indienne de Wolf Lake (sentence provisoire), et la décision fixant le montant des dommages-intérêts (décision supplémentaire) (somme forfaitaire représentant huit

**RELATIONS DU TRAVAIL—Suite**

mois de salaire, en plus du remboursement des dépenses personnelles encourues pour la préparation de la plainte et des frais et dépenses juridiques, le tout avec intérêt)—Alors que l'intimée était en congé de maternité, son poste a été éliminé en raison de restrictions budgétaires—À la suite du congédiement de l'intimée, le Conseil de Bande a reçu du financement de la Commission locale de gestion autochtone afin d'embaucher un membre de la Bande qui s'acquitterait des mêmes fonctions que celles dont s'acquittait l'intimée—L'argument selon lequel le poste avait été supprimé n'élimine pas la compétence de l'arbitre aux termes de l'art. 242, car celui-ci a eu raison de conclure que la prétention de l'employeur selon laquelle le poste avait été supprimé n'était pas bien fondée—Demande rejetée—La demande de contrôle judiciaire de la sentence provisoire est prescrite—Même si ce n'était pas le cas, la Cour s'abstiendrait de modifier les constatations de l'arbitre, car la preuve versée au dossier suffit amplement pour étayer ses conclusions et la Cour ne saurait y déceler une erreur de fait ou de droit—Il ressort clairement de la décision que l'intimée a été remerciée de ses services pour une raison autre que des difficultés financières, et que la Bande n'a pas pu démontrer qu'elle l'avait licenciée pour un motif valable ou de bonne foi—Il n'y a aucune crainte raisonnable de partialité—L'arbitre ne pouvait se réserver compétence pour déterminer la réparation applicable dans l'éventualité où les parties ne parviendraient pas à s'entendre—Lorsqu'il a traité la question du congédiement injuste, l'arbitre était *functus* et la requérante aurait dû déposer une demande de contrôle judiciaire dans les trente jours suivant la réception de la décision—Bien que l'art. 18 du Code autorise le Conseil à réexaminer, annuler ou modifier ses décisions ou ordonnances, cette disposition ne confère aucun pouvoir à un arbitre—Un arbitre nommé sous le régime de l'art. 242 du Code n'est pas un employé de Travail Canada—Le fait que l'arbitre ait permis le dépôt d'un élément de preuve, en l'occurrence une lettre, qu'un avocat peut, une année plus tard, juger nuisible à sa cause, n'a pas créé une crainte raisonnable de partialité—En ce qui concerne la sentence

**RELATIONS DU TRAVAIL—Fin**

supplémentaire—La lettre de l'avocat de l'intimée n'a pas créé de crainte raisonnable de partialité—Les questions soulevées dans la lettre ont été soumises régulièrement à l'arbitre lors de la deuxième audience et toutes les parties ont eu l'occasion de s'exprimer à leur égard et de produire une preuve devant l'arbitre—L'arbitre qui accorde des dommages-intérêts pour congédiement injuste peut en fixer le montant—Ces dommages-intérêts visent à indemniser l'employé des dommages que lui a effectivement causés son congédiement—L'arbitre commettrait une erreur en limitant le montant des dommages-intérêts au montant de l'indemnité de départ à laquelle l'employé aurait droit en vertu de l'art. 235 du Code ou de la common law, si son congédiement avait été justifié—Les dommages-intérêts accordés ne sont pas déraisonnables et peuvent se justifier de façon objective—Perte de salaire: l'arbitre n'a pas indemnisé l'intimée pour la totalité de la période au cours de laquelle elle a été privée de son emploi, entre la date du congédiement et la date de la sentence arbitrale, bien que le Code le permette—En conséquence, le montant des dommages-intérêts accordé n'a pas été calculé selon les principes applicables aux dommages-intérêts punitifs, ce qui n'est pas permis—La Cour ne modifie pas la sentence fixant le montant des dépenses personnelles accordées, car aucun élément du dossier ne révèle que cette décision a été prise de façon abusive ou arbitraire, ou sans tenir compte de la preuve—L'arbitre a accordé à l'intimée un montant pour les frais juridiques, vu sa situation financière difficile, car il serait équitable d'adjudger des dépens à celle-ci pour remédier au préjudice que lui a causé son ancien employeur—Il n'y a aucune raison de modifier les montants accordés pour les frais juridiques et intérêts—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-1, art. 18, 235 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 32, art. 41), 242 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 16).

PREMIÈRE NATION DE WOLF LAKE C. YOUNG  
(T-1479-96, juge Nadon, ordonnance en date du  
28-4-97, 28 p.)



*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Canadian Government Publishing  
PWGSC  
Ottawa, Canada  
K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Les Éditions du gouvernement du Canada  
TPSGC  
Ottawa, Canada  
K1A 0S9