



**Canada
Federal Court
Reports**

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

2001, Vol. 2, Part 2

2001, Vol. 2, 2^e fascicule

Cited as [2001] 2 F.C., 203-427

Renvoi [2001] 2 C.F., 203-427

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL STAFF

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

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors
LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Publications Specialist
JEAN-PIERRE LEBLANC

Assistant Publications Specialist
DIANE DESFORGES

Internet and CRIS Coordinator
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant
PIERRE LANDRIAULT

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

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

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

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

ARRÊTISTES

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

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

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

Spécialiſte des publications
JEAN-PIERRE LEBLANC

Spécialiſte adjointe des publications
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, Internet et SIRC
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT

Le Recueil des arrêts de la Cour fédérale est publié conformément à la Loi sur la Cour fédérale. L'arrêtiſte en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour la publication par le Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale.

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

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

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

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

Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing, Public Works and Government Services Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, telephone area code (613) 956-4802 or 1-800-635-7943.

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

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

CONTENTS

Digests D-19
Appeals Noted I

Andersen Consulting v. Canada (T.D.) 324

Practice — Discovery — Production of documents — Implied undertaking — Obligation on receiving party to return or destroy documents which have not become part of public record at conclusion of litigation — Crown arguing cannot do so as obligation superseded by National Archives of Canada Act obligations concerning documents under control of government institutions — Documents not under control of Department of Justice and continue to be subject to undertaking — Access to Information Act case law not governing herein.

Practice — Costs — Solicitor and client — Counsel for Crown taking position prevented by National Archives of Canada Act from returning or destroying documents obtained at discovery, newer becoming part of public record as case settled out of court — Implied undertaking to Court breach of which punishable as contempt of court — Crown lawyers should not have waited till had advantage of document discovery before making argument based on Archives Act — Conduct of Crown lawyers unconscionable, incompatible with duty to Court, plaintiff — Forced plaintiff

Continued on next page

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

Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés aux Éditions du gouvernement du Canada, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Ottawa (Canada) K1A 0S9 au (613) 956-4802 ou 1-800-635-7943.

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

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

SOMMAIRE

Fiches analytiques F-23
Appels notés I

Andersen Consulting c. Canada (1^{re} inst.) 324

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Production de documents — Engagement implicite — Obligation de la part de la partie qui reçoit les documents de remettre ou de détruire ceux qui n'ont pas été versés au dossier public à l'issue de l'instance — La Couronne a allégué qu'elle ne pouvait le faire étant donné que cette obligation était assujettie aux obligations qui lui étaient imposées par la Loi sur les archives nationales du Canada concernant les documents qui sont sous le contrôle des institutions fédérales — Les documents n'étaient pas sous le contrôle du ministère de la Justice et continuent de faire l'objet de l'engagement implicite — La jurisprudence découlant de la Loi sur l'accès à l'information n'est pas déterminante en l'espèce.

Pratique — Frais et dépens — Avocat et client — Les avocats de la Couronne ont fait valoir que la Loi sur les archives nationales du Canada les empêchait de retourner ou de détruire les documents qu'il avait obtenus à l'étape de l'interrogatoire préalable, mais qui n'ont jamais été versés au dossier public étant donné que l'affaire a fait l'objet d'un règlement hors cour — Le manquement à l'engagement implicite envers la Cour est considéré comme un outrage au tribunal — Les avocats de la Couronne n'auraient pas dû attendre d'avoir eu l'avantage d'obtenir les documents à

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

to fight costly, unnecessary battle — Costs against Crown on solicitor and client basis.

Bayside Towing Ltd. v. Canadian Pacific Railway Co. (T.D.) 258

Maritime Law — Torts — Limitation of liability — Tug boat towing chip scow on B.C. river — Scow hitting CPR bridge, causing extensive damage — CPR claiming damages against owners of tug, tow — Plaintiffs seeking limitation of liability under Canada Shipping Act, s. 577(1)(b) — Whether limitation fund should be based on tonnage of tug alone or on combined tonnages of tug, tow — Appropriate case for summary judgment — Damage not caused by personal act or omission, with intent to cause loss — Applicants entitled to limit liability under Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976 — Rationale for limitation of liability resting on public policy concerns, not on justice — “Flotilla principle”, “wrongdoing mass” doctrine applicable in Canadian law where common ownership of vessels, common causation of damage — S.C.C. case *The Rhône* followed — Limitation of liability to be calculated on tonnage of tug alone — 1998 amendments to Act not creating new Canadian “flotilla principle”.

Bell Canada v. Canada (Human Rights Commission) (T.D.) 392

Human Rights — Canadian Human Rights Tribunal not institutionally independent and impartial body in view of CHRC’s power to issue guidelines binding upon Tribunal and Chairperson’s power to approve Tribunal member continuing to act to conclude matter after expiry of appointment.

Administrative law — Judicial review — Institutional independence and impartiality of Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) — Tribunal not institutionally independent and impartial body in view of CHRC’s power to issue guidelines binding upon Tribunal and Chairperson’s power

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l’étape de la communication de la preuve avant de soulever leur argument fondé sur la Loi sur les archives — La conduite des avocats de la Couronne est abusive, et incompatible avec leur obligation envers la Cour et la partie demanderesse — Cette attitude a forcé la demanderesse à livrer une bataille coûteuse et inutile — Les frais sont adjugés contre la Couronne sur la base des frais entre avocat et client.

Bayside Towing Ltd. c. Canadien Pacifique Ltée (1^{re} inst.) 258

Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Limitation de la responsabilité — Un remorqueur a tiré un chaland à copeaux sur un fleuve de la C.-B. — Le chaland a heurté un pont appartenant à CP, causant d’importants dommages — CP a réclamé des dommages-intérêts aux propriétaires du remorqueur et du bâtiment remorqué — Les demandeurs ont voulu limiter leur responsabilité en vertu de l’art. 577(1)(b) de la Loi sur la marine marchande du Canada — Le fonds de limitation devait-il être calculé en fonction de la jauge du remorqueur seulement ou des jauges combinées du remorqueur et du bâtiment remorqué? — L’instance pouvait être tranchée par voie de jugement sommaire — Les dommages ne résultaient pas d’un fait ou d’une omission personnels, commis avec l’intention de provoquer un tel dommage — Les demandeurs avaient le droit de limiter leur responsabilité par application de la Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes — La raison d’être de la limitation de responsabilité repose sur des préoccupations d’ordre public et non sur des considérations de justice — Le «principe de la flottille» et le concept de la «masse fautive» s’appliquent en droit canadien lorsqu’il y a un propriétaire commun des navires et une cause commune des dommages — L’arrêt *Le Rhône* de la C.S.C. a été suivi — La limitation de la responsabilité doit être calculée en fonction de la jauge du remorqueur seulement — Les modifications de 1998 apportées à la Loi n’ont pas créé un nouveau «principe de la flottille» canadien.

Bell Canada c. Canada (Commission des droits de la personne) (1^{re} inst.) 392

Droits de la personne — Le Tribunal canadien des droits de la personne n’est pas une institution indépendante et impartiale en raison du pouvoir de la CCDP de lui donner des directives ayant force obligatoire et du pouvoir du président de permettre à tout membre du tribunal, dont le mandat expire en cours d’audience, de continuer à siéger jusqu’à la conclusion de l’affaire.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Indépendance et impartialité institutionnelles du tribunal canadien des droits de la personne (le tribunal) — Le tribunal n’est pas une institution indépendante et impartiale en raison du pouvoir de la CCDP de lui donner des directives ayant force

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

to approve Tribunal member continuing to act to conclude matter after expiry of appointment.

Bill of Rights — Principles of fundamental justice guaranteed by Bill of Rights, s. 2(e) — Apprehension of bias — Canadian Human Rights Tribunal not institutionally independent and impartial body in view of Commission's power to issue guidelines binding upon Tribunal and Chairperson's power to approve Tribunal member continuing to act to conclude matter after expiry of appointment.

Estoppel — *Res judicata* — Upon challenging Tribunal's institutional independence and impartiality, Bell Canada estopped from raising, upon fresh application for judicial review, arguments necessarily assumed or negated by decision in previous judicial application herein, reported at [1998] 3 F.C. 244 (T.D.).

Canada (Attorney General) v. McKinnon (C.A.) . . 203

Income Tax — Corporations — Directors' liability — Due diligence defence — Appeals, applications for judicial review of T.C.C. decision directors not liable for company's failure to remit employer's portion of CPP, UI contributions, GST on ground not having *de facto* control of company's finances — Company manufacturing components used in construction encountering financial difficulties — CA, experienced in rescuing construction companies, advising company viable, searching for investors — Bank dishonouring source deduction cheques — Company continuing to prepare remittance cheques which bank sometimes honoured on discretionary basis — Declared bankruptcy — Under I.T.A., s. 227.1(1) directors jointly, severally liable for unpaid remittances — CPP, UI Act incorporating s. 227.1 with respect to CPP, UI source deductions — Excise Tax Act, s. 323(1), (3) similar to Income Tax Act, s. 227.1(1), (3) — T.C.C. concluding directors relieved of liability when company lost effective control of finances to bank — Appeals, applications for judicial review dismissed — General principles from cases reviewed, including rationale for s. 227.1, nature of due diligence test — Inappropriate to import requirement into s. 227.1(1) engaged only if directors have *de facto* control of financial operation of company, particularly payment of bills: (i) courts should not normally add words to those in statutory text; (ii) unnecessary when conduct to prevent company's failure to remit satisfied standard of care stipulated; (iii) reasonableness of conduct only relevant as defence once liability under s. 227.1(1) engaged — S. 227.1(3) defence applies only if directors exercised care, diligence, skill reasonably prudent business person in comparable circumstances would have exercised

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

obligatoire et du pouvoir du président de permettre à tout membre du tribunal, dont le mandat expire en cours d'audience, de continuer à siéger jusqu'à la conclusion de l'affaire.

Déclaration des droits — Principes de justice fondamentale garantis à l'art. 2e) de la Déclaration des droits — Crainte de partialité — Le tribunal canadien des droits de la personne n'est pas une institution indépendante et impartiale en raison du pouvoir de la Commission de lui donner des directives ayant force obligatoire et du pouvoir du président de permettre à tout membre du tribunal, dont le mandat expire en cours d'audience, de continuer à siéger jusqu'à la conclusion de l'affaire.

Fin de non-recevoir — Autorité de la chose jugée — En contestant l'indépendance et l'impartialité institutionnelles du tribunal, Bell Canada est irrecevable, sur nouveau recours en contrôle judiciaire, à proposer des arguments qui ont été, par la force des choses, soit subsumés dans le recours précédent, [1998] 3 C.F. 244 (1^{re} inst.), soit anéantis par son résultat.

Canada (Procureur général) c. McKinnon (C.A.) . 203

Impôt sur le revenu — Sociétés — Responsabilité des administrateurs — Moyen de défense de la diligence raisonnable — Appels et recours en contrôle judiciaire contre la décision de la C.C.I. portant que les administrateurs en cause ne sont pas responsables du défaut de la compagnie de verser les cotisations d'employeur au RPC et à l'assurance-chômage ainsi que la TPS pour le motif que dans les faits, ils n'avaient pas le contrôle de ses finances — La compagnie, qui fabriquait des éléments utilisés dans la construction, a connu des difficultés financières — Un comptable agréé, connu pour son expérience dans le renflouement d'entreprises de construction, leur a dit que la compagnie était viable et a fait des efforts pour trouver des investisseurs — La banque n'a pas honoré les chèques de versement des retenues à la source — La compagnie a continué à préparer des chèques de versement, que la banque a honorés à quelques reprises, à sa discrétion — La compagnie a déclaré faillite — Selon l'art. 227.1(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, les administrateurs sont solidairement responsables du défaut de versement — Le Régime de pensions du Canada et la Loi sur l'assurance-chômage incorporent l'art. 227.1 pour application aux retenues à la source au titre du RPC et de l'assurance-chômage — L'art. 323(1) et (3) de la Loi sur la taxe d'accise est le pendant de l'art. 227.1(1) et (3) de la Loi de l'impôt sur le revenu — La C.C.I. a conclu que les administrateurs sont exonérés du fait que la compagnie a perdu le contrôle effectif de ses finances aux mains de la banque — Rejet des appels et des recours en contrôle judiciaire — Recension des principes généraux définis par la jurisprudence, y compris le but de l'art. 227.1 et la nature de la norme

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

to prevent future default — Requires positive steps which, if successful, could have prevented company's failure to remit from occurring — Remittance cheques continued to be prepared, efforts made to find new investor by person with successful track record — Directors could reasonably say if found investor acceptable to bank, failures to remit might have been prevented — Due diligence test in s. 227.1(3) met.

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Adam (C.A.) 337

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Appeal from dismissal in part of application for judicial review of Immigration Appeal Division's decision allowing appeal from denial of respondent's application to sponsor husband — Application for landing denied because husband Cabinet minister in Siad Barre's Somalian government — Immigration Act, s. 19(1)(f) prohibiting admission of senior member of government engaged in human rights violations, crimes against humanity, except those who have satisfied Minister admission would not be detrimental to national interest — On application for judicial review, Court cannot consider issue of ministerial exemption when issue not raised by either party before tribunal — "Have satisfied" suggesting ministerial exception to be made prior to visa officer's decision — S. 19(1)(f), (1.1) not containing rebuttable presumption (Isaac J.A. dissenting) — But Board should have invited argument as to whether special relief should be granted pursuant to s. 77(3)(b) — Matter remitted to Board for redetermination of whether compassionate or humanitarian considerations warranting granting of special relief.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de diligence raisonnable — Il ne faut pas interpréter l'art. 227.1(1) comme signifiant qu'il ne s'applique que si les administrateurs ont dans les faits le contrôle des opérations financières de la compagnie, en particulier du règlement de ses obligations: (i) le juge ne doit normalement pas ajouter des termes à ceux du texte de loi adopté par le législateur; (ii) ils sont inutiles lorsque les mesures prises pour prévenir le défaut satisfont à la norme de diligence prévue; (iii) que ces mesures soient raisonnables ou non n'a d'importance que vis-à-vis du moyen de défense, une fois l'administrateur tenu pour responsable par application de l'art. 227.1(1) — L'art. 227.1(3) n'exonère que l'administrateur qui a agi avec autant de soin, de diligence et de compétence pour prévenir le manquement, que l'aurait fait une personne raisonnablement prudente dans les mêmes circonstances — Il faut qu'il ait pris des mesures concrètes qui, si elles avaient abouti, auraient pu prévenir le défaut de versement — La compagnie a continué à préparer les chèques de versement, et une personne qui avait fait ses preuves en la matière a fait des efforts pour trouver un nouvel investisseur — Les administrateurs en cause pourraient raisonnablement soutenir que s'ils avaient réussi à trouver un investisseur acceptable pour la banque, les défauts de versement auraient pu être évités — Ils ont satisfait à la norme de diligence raisonnable, prévue à l'art. 227.1(3).

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Adam (C.A.) 337

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Appel du rejet en partie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de l'immigration accueillant un appel du refus de faire droit à la demande de l'intimée de parrainer son mari — Demande d'établissement refusée en raison du fait que le mari était un ministre du cabinet dans le gouvernement somalien de Siad Barre — L'art. 19(1)f) de la Loi sur l'immigration interdit l'admission de personnes qui, à un rang élevé, font partie ou sont au service d'un gouvernement qui se livre à des violations des droits de la personne ou à des crimes contre l'humanité, sauf si elles convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national — Dans le cadre d'un contrôle judiciaire, une cour ne peut pas tenir compte de la question de la dispense ministérielle quand cette question n'a pas été soulevée par les parties devant le tribunal — Les mots «sauf si elles convainquent» laissent supposer que la dispense ministérielle doit précéder la décision de l'agent des visas — L'art. 19(1)f), (1.1) ne contient pas de présomption réfutable (le juge Isaac, J.C.A., dissident) — Cependant, la Commission aurait dû demander qu'on lui présente des arguments quant à savoir si une mesure spéciale devrait être octroyée conformément à l'art. 77(3)b) — L'affaire a été renvoyée devant la Commission pour une nouvelle décision sur la question de savoir s'il existe des raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.) 297

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Appeal from F.C.T.D. order dismissing application for judicial review of visa officer's refusal to issue visa on ground appellant inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(c.2) — Visa officer held reasonable grounds to believe appellant member of organization reasonably suspected of being involved in organized criminal activity — Decision partly based on confidential information not disclosed to appellant — F.C.T.D. Judge held appellant had reasonable opportunity to know, answer case against him, refusal not breach of duty of fairness — Appeal dismissed — No breach of duty of fairness in refusing application without providing summary of confidential material to appellant — Adverse effect on appellant slight — Non-citizens not having legal right to enter Canada — Appellant had no connection with Canada rendering refusal of visa particular hardship — Refusal not final in that may apply again — Potential damage to Canada's security, international relations as result of disclosure of confidential information substantial — Appellant knew legal basis on which visa officer basing decision — Not denied opportunity to present material supporting position (i.e. working for legitimate businesses) — Content of confidential information rendering unnecessary determination of whether F.C.T.D. Judge applied appropriate standard of review — Visa officer's decision would satisfy any standard.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Appeal from F.C.T.D. order, dismissing application for judicial review of visa officer's refusal to issue visa on ground inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(c.2) (reasonable grounds to believe appellant member of organization reasonably suspected of being involved in organized criminal activity) — F.C.T.D. Judge defined "reasonable grounds to believe" as connoting *bona fide* belief in serious possibility; "member" as one who simply "belonged to" criminal organization — Appeal dismissed — Confidential information disclosing "reasonable grounds" to believe appellant "member" of triad — "Member" correctly given broad interpretation — S. 19(1)(c.2) broad enough to enable Canada to protect national security by excluding those whose presence in Canada may be used to strengthen criminal organization, advance its purposes — Not always distinct line between legitimate business, criminal activities of organization — Participation in legitimate business, knowing controlled by criminal

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.) 297

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Appel d'une ordonnance de la Section de première instance rejetant la demande de contrôle judiciaire du refus d'un agent des visas de délivrer un visa au motif que l'appellant n'était pas admissible selon l'art. 19(1)(c.2) de la Loi sur l'immigration — L'agent des visas avait des motifs raisonnables de croire que l'appellant était membre d'une organisation qui pouvait être raisonnablement suspectée d'activités criminelles organisées — Décision en partie fondée sur des renseignements confidentiels non communiqués à l'appellant — Le juge de la Section de première instance a estimé que l'appellant avait eu une occasion raisonnable de connaître les arguments exposés à son encontre et d'y répondre, et que le refus ne constituait pas une violation de l'obligation d'équité — Appel rejeté — Aucune violation de l'obligation d'équité dans le refus de la demande sans que soit fourni à l'appellant un sommaire des documents confidentiels — Effet préjudiciable anodin sur l'appellant — Les non-ressortissants n'ont pas un droit automatique d'entrer au Canada — L'appellant n'avait pas avec le Canada des liens propres à rendre pénible pour lui le refus du visa — Le refus n'était pas définitif puisqu'il pouvait présenter une nouvelle demande — Dommage potentiel appréciable pour la sécurité du Canada et pour ses relations internationales s'il y avait communication de renseignements confidentiels — L'appellant connaissait le fondement juridique de la décision de l'agent des visas — L'occasion de présenter des documents appuyant sa position (le fait qu'il travaillait pour des entreprises légitimes) ne lui a pas été refusée — La teneur des renseignements confidentiels rend inutile la question de savoir si le juge de la Section de première instance a appliqué la bonne norme de contrôle — La décision de l'agent des visas satisferait à n'importe quelle norme.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Appel d'une ordonnance de la Section de première instance rejetant la demande de contrôle judiciaire du refus d'un agent des visas de délivrer un visa au motif que l'appellant n'était pas admissible selon l'art. 19(1)(c.2) de la Loi sur l'immigration (motifs raisonnables de croire que l'appellant était membre d'une organisation raisonnablement suspectée d'activités criminelles organisées) — Le juge de la Section de première instance a défini l'expression «motifs raisonnables de croire» comme la croyance légitime à une possibilité sérieuse; le mot «membre» comme une personne qui «appartenait» simplement à une organisation criminelle — Appel rejeté — Renseignements confidentiels révélant des «motifs raisonnables» de croire que l'appellant était «membre» d'une triade — C'est à juste titre que le mot «membre» a été interprété d'une manière libérale — L'art. 19(1)(c.2) est assez large pour permettre au Canada de protéger sa sécurité nationale en excluant les personnes dont la présence au Canada

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

organization, in some circumstances may support reasonable belief — “Reasonable grounds” meaning standard of proof connoting *bona fide* belief in serious possibility based on credible evidence — Standard of proof more demanding when power exercised having serious impact on important individual right, unlike refusal of visa — F.C.T.D. Judge correctly concluding reasonable grounds to believe appellant member of criminal organization.

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Appeal from F.C.T.D. order dismissing application for judicial review of visa officer’s refusal to issue visa on ground appellant inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(c.2) (reasonable grounds to believe appellant member of organization reasonably suspected of being involved in organized criminal activity) — Visa officer’s decision based partly on confidential information — F.C.T.D. Judge found information relevant, weighty, trustworthy, of such nature should not be revealed — S. 82.1(10) providing detailed code for examination of confidential material — Inconsistent with scheme of Act to import requirement into s. 82.1(10) visa officer must provide summary of confidential intelligence information before refusing visa — S. 82.1(10) not requiring production of summary of confidential intelligence information before refusing visa — Given detailed, specific nature of information, nature and multiplicity of sources, F.C.T.D. Judge justified in finding material cogent, persuasive without doing more than reading it.

Conohan v. Cooperators (T.D.) 238

Maritime Law — Insurance — Action by insured for lost revenue, by insurer to recover monies paid in respect of fishing vessel destroyed in collision with vessel insured by defendant — Captain of latter vessel charged with operating vessel with blood/alcohol level over 80 — Insurer (defendant) refused to defend, pay third party claim on ground insured breached policy — Captain confessed to judgment, assigned rights of action to plaintiffs — Marine Insurance Act, s. 34 imposing implied warranty in every marine policy that marine adventure insured lawful and, in so far as insured has control, will be carried out in lawful manner —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

pourrait servir à renforcer une organisation criminelle et à favoriser l’accomplissement de ses objets — La ligne de démarcation n’est pas toujours claire entre les activités légitimes et les activités criminelles d’une organisation — Le fait de participer à des activités légitimes en sachant qu’elles sont contrôlées par une organisation criminelle peut dans certains cas autoriser une croyance raisonnable — La norme de preuve que constituent les « motifs raisonnables » s’entend de la croyance légitime à une possibilité sérieuse en raison de preuves dignes de foi — Norme de preuve plus exigeante lorsque le pouvoir exercé a de sérieuses conséquences sur un droit individuel important, contrairement au refus d’un visa — Le juge de la Section de première instance a conclu à bon droit à l’existence de motifs raisonnables de croire que l’appellant était membre d’une organisation criminelle.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d’immigration — Appel d’une ordonnance de la Section de première instance rejetant une demande de contrôle judiciaire du refus d’un agent des visas de délivrer un visa au motif que l’appellant n’était pas admissible selon l’art. 19(1)(c.2) de la Loi sur l’immigration (motifs raisonnables de croire que l’appellant était membre d’une organisation raisonnablement suspectée d’activités criminelles organisées) — La décision de l’agent des visas était fondée en partie sur des renseignements confidentiels — Le juge de la Section de première instance a estimé que les renseignements étaient pertinents, concluants, dignes de foi et d’une nature telle qu’ils ne devaient pas être communiqués — L’art. 82.1(10) renferme des règles procédurales détaillées pour l’examen de documents confidentiels — Il est incompatible avec l’économie de la Loi de voir dans l’art. 82.1(10) une obligation pour l’agent des visas, avant de refuser un visa, de fournir un sommaire des renseignements confidentiels — L’art. 82.1(10) n’impose pas la production d’un sommaire de renseignements secrets avant le refus d’un visa — Vu la nature détaillée et particulière des renseignements, ainsi que la nature et la multiplicité des sources, le juge de la Section de première instance a eu raison de conclure que les documents étaient pertinents et convaincants, sans devoir faire davantage que les lire.

Conohan c. Cooperators (1^{re} inst.) 238

Droit maritime — Assurance — Action intentée par l’assuré qui réclame un manque à gagner, et par l’assureur qui réclame le remboursement de la somme payée relativement à la destruction d’un bateau de pêche au cours d’un abordage avec le bateau assuré par la défenderesse — Le capitaine de ce dernier bateau a été accusé d’avoir piloté son bateau avec une alcoolémie de plus de 80 — L’assureur (la défenderesse) a refusé de s’opposer à la réclamation présentée par un tiers et de la payer au motif que l’assuré avait manqué aux conditions de la police — Le capitaine a admis sa responsabilité et cédé ses droits d’action aux demandeurs

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

“Marine adventure” defined as including any situation where insurable property exposed to maritime perils — Definition of “maritime perils” limited to list of events beyond defendant’s control — Collision not maritime peril as caused by negligence, not by listed peril — Not marine adventure as liability not incurred by reason of maritime perils — S. 6(1)(a) stating contract of marine insurance contract whereby insurer undertaking to indemnify insured against losses incidental to marine adventure — As no marine adventure, not contract of marine insurance and implied condition in s. 34 not applicable — Losses not excluded by s. 53(2) (exempting insurer from liability for loss attributable to wilful misconduct of insured) as no evidence of wilful misconduct — Clause 27 of insurance policy stating warranted free from any claim for loss, damage, expense caused by impaired operation of vessel — As no mention of liability, only applies to claims for damages to insured’s own boat — Also, impaired operation of vessel not proven — Clause 16 providing liability coverage to insured if “liable to pay and shall pay” damages to other person — Requiring insured to pay plaintiff’s claim before making claim under policy — Defendant not required to pay plaintiffs’ claims.

Greer Shipping Ltd. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 357

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Standard of review — Judicial review of decision to recover from applicant, which provides services to shipping industry, costs of removing deserting crew member under Immigration Act, s. 85(3) imposing liability on transportation company for costs of removal of illegal entrant — As no reasons given as to how determination made applicant “transportation company”, impossible to characterize possible error as one of law, fact, or mixed fact and law — Governing legal principles ascertained before determining whether decision could withstand review on standard of reasonableness *simpliciter* — Applicant not objecting in 1992 when notified Immigration Canada would be looking to it for payment of removal costs — Delay in removal due to crew member’s actions — Unable to calculate removal

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

— L’art. 34 de la Loi sur l’assurance maritime dispose que, dans chaque police maritime, il y a un engagement implicite quant à la licéité de l’opération maritime et, dans la mesure où l’assuré en a la maîtrise, au fait que l’opération sera exécutée conformément à la loi — L’expression «opérations maritimes» est définie comme incluant toute situation où des biens assurables sont exposés aux périls de mer — La définition de «périls de mer» se limite à dresser la liste des faits de mer qui échappent à la volonté de la partie défenderesse — L’abordage n’était pas un péril de mer étant donné qu’il a été causé par la négligence, et non par un péril énuméré dans la liste — Il ne s’agissait pas d’une opération maritime étant donné que la responsabilité n’a pas été engagée du fait d’un péril de mer — L’art. 6(1)a) dispose que le contrat d’assurance maritime est le contrat par lequel l’assureur s’engage à indemniser l’assuré des pertes liées aux opérations maritimes — Comme il n’y a pas eu d’opération maritime, il n’y avait ni contrat d’assurance maritime, ni engagement implicite comme celui qui est prévu à l’art. 34 — Les pertes ne sont pas exclues du fait de l’art. 53(2) (qui dispose que l’assureur n’est pas responsable des pertes attribuables à l’inconduite délibérée de l’assuré) étant donné qu’il n’y a pas de preuve d’inconduite délibérée — La clause 27 de la police d’assurance dispose qu’il ne peut être présenté de demande d’indemnisation pour pertes, dommages ou frais causés par le pilotage du bateau par une personne dont les facultés sont affaiblies — Comme il n’y a pas de mention de responsabilité, cette clause ne s’applique qu’aux demandes de règlement pour des dommages causés au bateau de l’assuré — En outre, la conduite du bateau par une personne dont les facultés étaient affaiblies n’a pas été prouvée — La clause 16 protège l’assuré si celui-ci «est tenu de payer» des dommages à une autre personne — Cette clause exige que l’assuré paie la réclamation des demandeurs avant de présenter sa demande de règlement en vertu de la police — La défenderesse n’est pas tenue de payer les réclamations des demandeurs.

Greer Shipping Ltd. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (1^{re} inst.) 357

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Norme de contrôle — Contrôle judiciaire d’une décision visant à recouvrer de la demanderesse, qui fournit des services à l’industrie du transport maritime, les frais de renvoi d’un marin déserteur conformément à l’art. 85(3) de la Loi sur l’immigration, qui prévoit que le transporteur qui a amené une personne au Canada peut être tenu responsable des frais de renvoi si cette personne y est entrée illégalement — Comme aucun motif n’a été exposé pour expliquer comment on en était venu à la conclusion que la demanderesse était un «transporteur», il était impossible de déterminer s’il y a eu une quelconque erreur de droit, de fait ou à la fois de droit et de fait — Il a été nécessaire de déterminer les principes juridiques qu’il convenait d’appliquer avant de trancher la question de savoir si la décision pouvait résister

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

costs prior to actual removal — Applicant not objecting when informed of estimated removal costs — Given applicant's inaction, delay, process followed not breach of procedural fairness.

Agency — Judicial review of decision to recover from applicant costs of removal of crew member who had deserted ship to which applicant provided services — Immigration Act, s. 85(3) imposing liability on transportation company for costs of removal of person brought to Canada if person not granted admission and at time of arrival not in possession of valid visa — “Transportation company” defined as person, including agent, carrying or providing for transportation of persons or goods — F.C.A. holding definition applies to all companies transporting, providing for transportation of persons, goods, whether or not such transportation company's primary business purpose — Owner/operator of ship bringing crew member to Canada “transportation company” — Having regard to purpose of Part V of Act, more restrictive language in French version, “agent” extending only to true legal agent — As to nature of applicant's relationship, neither appointment to act in respect of vessel nor language used by parties determinative — Applicant having express authority to act on behalf of principal; representing vessel, principal to outsiders; could have acquired rights for principal and subjected it to liabilities by signing bills of lading — General definition of “agency” satisfied — While role narrowly circumscribed, not unreasonable to determine central criteria of agency relationship satisfied.

Construction of statutes — Immigration Act, s. 2(1) definition of “transportation company” — Under s. 85(3) transportation company liable for costs of removal of person brought to Canada if person not granted admission and at time of arrival not in possession of valid visa — Judicial review of decision to recover from applicant costs of removing deserting crew member — “Transportation company” defined as person, including agent, carrying or providing for

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

à un examen fondé sur la norme de la décision raisonnable *simpliciter* — La demanderesse ne s'est pas opposée en 1992 quand elle a été avisée que le ministère de l'Immigration chercherait à se faire rembourser par elle les frais de renvoi — Le retard a été suscité par les actions du membre d'équipage — Il était impossible de calculer les frais de renvoi avant que celui-ci n'ait lieu — La demanderesse ne s'est pas opposée lorsqu'elle a été avisée de l'estimation des frais de renvoi — Compte tenu de l'inaction de la demanderesse, le retard, ou le processus qui a été suivi, ne constituait pas une quelconque violation de l'obligation de respecter l'équité procédurale.

Mandat — Contrôle judiciaire d'une décision visant à recouvrer de la demanderesse les frais de renvoi d'un marin qui avait déserté le navire à l'égard duquel elle fournissait des services — L'art. 85(3) de la Loi sur l'immigration prévoit que le transporteur qui a amené une personne au Canada peut être tenu responsable des frais qu'occasionne le renvoi de cette personne si cette dernière n'a pas obtenu le droit d'être admise au pays et n'était pas, au moment de son arrivée au Canada, en possession d'un visa valide — Le terme «transporteur» désigne les personnes, y compris leurs mandataires, qui transportent ou font transporter des personnes ou des marchandises — La Cour d'appel fédérale a conclu que la définition s'appliquait à toutes les entreprises qui assurent un service de transport de voyageurs ou marchandises ou fournissent un tel service, que leur activité principale fasse intervenir ou non le transport en location de voyageurs ou marchandises — Le propriétaire/exploitant du navire qui a amené le marin au Canada était un «transporteur» — Pour ce qui est de l'objectif de la partie V de la Loi, en raison du sens plus restrictif de la version française, «mandataire» s'étend seulement au véritable mandataire au sens juridique du terme — En ce qui concerne la nature des relations de la demanderesse, ni les nominations en vue d'agir à l'égard du navire ni le libellé utilisé par les parties n'ont été déterminants — La demanderesse avait exprimé son pouvoir d'agir pour le compte du commettant, elle représentait le navire et le principal devant des tiers, et elle aurait pu acquérir des droits pour le compte de son commettant de même que lui imposer des responsabilités en signant des connaissements — Il a été satisfait à la définition générale de «mandataire» — Bien que le rôle de la demanderesse ait été strictement défini, il n'était pas déraisonnable de conclure qu'il avait été satisfait aux principaux critères de la relation de mandataire.

Interprétation des lois — L'art. 2(1) de la Loi sur l'immigration donne la définition de «transporteur» — En vertu de l'art. 85(3), le transporteur qui a amené une personne au Canada peut être tenu responsable des frais qu'occasionne le renvoi de cette personne si cette dernière n'a pas obtenu le droit d'être admise au pays et n'était pas, au moment de son arrivée au Canada, en possession d'un visa valide — Contrôle judiciaire d'une décision visant à recouvrer de la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

transportation of persons — Definition amended February 1, 1993 to add those who provide for transportation of goods — Crew member entering Canada in 1992, removed in 1998 — (1) Which definition applies depending on interpretation of amending legislation, s. 119 providing financial liability under any provision amended by this Act arising from acts done before coming into force of amendment determined as though amendment not in force — S. 87(3), trigger for applicant's financial liability, not amended by amending legislation — S. 86 imposing liability for all removal costs of deserting crew member; s. 87(1) providing for notification of obligation — As ss. 86, 87(1) amended, applicant's financial liability attaching under amended provision — Liability arose from acts done before February 1, 1993 i.e. entry into Canada as crew member, subsequent loss of visitor's status — Pursuant to s. 119, liability determined under prior definition of "transportation company" not referring to goods — (2) As to meaning of "agent" in definition, ordinary principles of interpretation applied to construction of bilingual legislation — Must determine legislature's intention in light of statute's purpose, context in which enacted, other interpretive strategies — Having regard to purpose of Part V (transfer removal costs to discourage transportation companies from bringing illegal entrants into country), more restrictive meaning in French version of definition of "transportation company" best according therewith — Requiring "agent" to be true agent in legal sense putting logical, practical limit on definition of transportation company — (3) Unjust, unreasonable results viewed as absurd, unintended — Imposition of liability on entity with only casual connection to vessel would have unreasonable results.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Removal of visitors — Judicial review of decision to recover from applicant, service provider to shipping industry, costs of removal of deserting crew member — Immigration Act, s. 85(3) imposing liability on transportation company for costs of removal of person brought to Canada if person not granted admission and not in possession of valid visa — Definition of "transportation company" (person, including agent, providing for transportation of persons), amended February 1, 1993 to add those providing for transportation of goods — Pursuant to amending legislation, s. 119 applicant's liability determined under pre-1993

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

demanderesse les frais de renvoi d'un marin déserteur — Le terme «transporteur» désignait les personnes, y compris leurs mandataires, qui transportent ou font transporter des personnes — La définition a été modifiée le 1^{er} février 1993 afin d'y ajouter les personnes qui font transporter des marchandises — Le marin est entré au Canada en 1992 et a été renvoyé en 1998 — 1) La question de savoir quelle définition s'applique dépend de l'interprétation de la mesure législative modificative, l'art. 119 prévoyant que l'obligation financière aux termes d'une disposition modifiée par la présente loi, découlant d'actes commis avant l'entrée en vigueur de la modification, est déterminée comme si celle-ci n'était pas en vigueur — La responsabilité financière de la demanderesse découlait de l'art. 87(3), qui n'a pas été modifié par la loi modificative — L'art. 86 prévoit cette responsabilité dans le cas de tous les frais de renvois d'un marin déserteur; l'art. 87(1) prévoit la notification de l'obligation — Comme les art. 86 et 87(1) ont été modifiés, la responsabilité financière de la demanderesse découlerait d'une disposition modifiée — La responsabilité découlait de faits commis avant le 1^{er} février 1993, c'est-à-dire l'entrée au Canada en tant que marin et la perte subséquente du statut de visiteur — Conformément à l'art. 119, la responsabilité est déterminée en vertu de l'ancienne définition de «transporteur» qui ne mentionnait pas les marchandises — 2) Quant au sens du mot «mandataire» figurant dans la définition, les principes ordinaires d'interprétation s'appliquent pour interpréter les lois bilingues — Il faut déterminer l'intention du législateur à la lumière de l'objectif de la loi, du contexte dans lequel elle a été adoptée et d'autres stratégies d'interprétation — Pour ce qui est de l'objectif de la partie V de la Loi (transfert des frais de renvoi aux transporteurs pour les décourager d'amener des passagers clandestins au pays), le sens plus restrictif qui se reflète dans la version française de la définition de «transporteur» est plus conforme en l'espèce — Exiger qu'un «agent» soit un véritable mandataire au sens juridique du terme impose une limite logique et pratique à la définition du transporteur — 3) Les résultats injustes ou déraisonnables sont considérés comme étant absurdes et non voulus — Imposer une responsabilité à une entité qui n'entretient qu'un lien occasionnel avec un navire aurait des résultats déraisonnables.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de visiteurs — Contrôle judiciaire d'une décision visant à recouvrer de la demanderesse, qui fournit des services à l'industrie du transport maritime, les frais de renvoi d'un marin déserteur — L'art. 85(3) de la Loi sur l'immigration prévoit que le transporteur qui a amené une personne au Canada peut être tenu responsable des frais qu'occasionne le renvoi de cette personne si cette dernière n'a pas obtenu le droit d'être admise au pays et n'était pas, au moment de son arrivée au Canada, en possession d'un visa valide — La définition de «transporteur» (les personnes, y compris leurs mandataires, qui font transporter des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

definition of transportation company — Owner/operator of ship carrying crew member “transportation company” — “Agent” as used in definition contemplating agent in formal legal sense looking at purpose of Part V, French version of definition — Not unreasonable for Minister to determine central criteria for agency found in authorities satisfied herein.

Crown — Creditors and debtors — Debts to the Crown — Set-off — Judicial review of decision to recover by way of set-off from applicant’s GST refund account costs of removing crew member who had deserted ship to which applicant provided services — Financial Administration Act, s. 155 providing where any person indebted to federal Crown, Minister responsible for amount of indebtedness may authorize retention of amount of indebtedness by way of set-off against any sum of money payable by Crown to person — Interpretation Act, s. 24(2)(d) providing words empowering minister of Crown to do act include person appointed to serve in capacity appropriate to doing of act — Nothing in Immigration Act, Financial Administration Act ousting application of this provision — Minister not required to be personally involved in decision to set-off sum.

National Bank of Greece (Canada) v. Bank of Montreal (C.A.) 288

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Canadian Payments Association panel ordering appellant to pay to Bank of Montreal (BMO) amount of cheque dishonoured as NSF — Motions Judge dismissing judicial review application without first considering applicable standard of review — Standard of review should always be considered by reviewing court before examining administrative tribunal’s decision — Motions Judge should only have asked whether compliance panel’s determination BMO suffered “loss” unreasonable — Did not err in dismissing application — Panel’s conclusion BMO suffered “loss” not unreasonable.

Financial Institutions — Panel of Canadian Payments Association (CPA) finding National Bank of Greece (Canada) breached Association’s Rules in returning into

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

personnes), a été modifiée le 1^{er} février 1993 afin d’y ajouter les personnes qui font transporter des marchandises — Conformément à la loi modificative, l’obligation de la demanderesse prévue à l’art. 119 est déterminée en vertu de la définition de transporteur antérieure à 1993 — Le propriétaire/exploitant du navire qui a amené le marin au Canada était un «transporteur» — Le terme «mandataire» utilisé dans la définition envisage le mandataire au sens juridique du terme visant l’objectif de la partie V de la Loi et de la définition figurant dans la version française — Le ministre n’a pas pris une décision déraisonnable en concluant qu’il avait été satisfait aux principaux critères de la relation de mandataire dans la présente affaire.

Couronne — Créanciers et débiteurs — Dettes envers la Couronne — Compensation — Contrôle judiciaire d’une décision visant à recouvrer par voie de compensation du compte de remboursement de TPS les frais de renvoi d’un marin qui avait déserté le navire à l’égard duquel la demanderesse fournissait des services — L’art. 155 de la Loi sur la gestion des finances publiques prévoit que le ministre compétent responsable du recouvrement d’une créance de Sa Majesté du chef du Canada peut autoriser, par voie de compensation, la retenue d’un montant égal à la créance sur toute somme due au débiteur par Sa Majesté du chef du Canada — L’art. 24(2)(d) de la Loi d’interprétation prévoit que la mention d’un ministre dans le cadre de ses attributions vaut mention de toute personne ayant la compétence voulue — Ni la Loi sur l’immigration ni la Loi sur la gestion des finances publiques n’élimine l’application de cette disposition — Le ministre n’était pas tenu de prendre personnellement part à la décision d’obtenir une compensation.

Banque Nationale de Grèce (Canada) c. Banque de Montréal (C.A.) 288

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Un groupe de l’Association canadienne des paiements a ordonné à l’appelante de payer à la Banque de Montréal (BM) le montant d’un chèque refusé pour le motif qu’il était sans provision — Le juge des requêtes a rejeté la demande de contrôle judiciaire sans se demander au préalable quelle était la norme de contrôle applicable — Une cour de justice doit toujours se pencher sur la norme de contrôle applicable avant d’examiner la décision d’un tribunal administratif — Le juge des requêtes aurait dû seulement se demander si la décision du groupe de l’observation selon laquelle la BM avait subi une «perte» était déraisonnable — Il n’a pas commis d’erreur en rejetant la demande — La conclusion du groupe selon laquelle la BM avait subi une «perte» n’était pas déraisonnable.

Institutions financières — Un groupe mis sur pied par l’Association canadienne des paiements (ACP) a jugé que la Banque Nationale de Grèce (Canada) avait contrevenu aux

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

clearing system dishonoured cheque more than day after could have decided whether to honour it — Motions Judge accepting CPA's argument BMO suffered loss — Should only have considered whether panel's decision unreasonable — Panel composed of persons understanding system — Statutory rules peculiar to financial institutions, not drawing on general legal concepts — Order not abrogating private law rights — Cheque clearance system undermined by judicial review applications — CPA statutory body to which banks must belong — Court reluctant to interve in "domestic" regulatory scheme.

SOMMAIRE (Fin)

règles de l'ACP en retournant un effet impayé par la compensation plus d'un jour après le moment où elle avait été en mesure de décider de l'honorer ou non — Le juge des requêtes a fait droit à l'argument de l'ACP selon lequel la BM avait subi une perte — Il aurait dû seulement se demander si la décision du groupe était déraisonnable — Le groupe se composait de personnes familiarisées avec le système — Les dispositions législatives en cause sont propres aux institutions financières et ne font pas appel à des notions juridiques de portée générale — L'ordonnance n'excluait pas les recours en droit privé — Le système de compensation des chèques pourrait être compromis par des demandes de contrôle judiciaire — L'ACP est un organisme créé par une loi, et les banques sont légalement tenues d'en faire partie — La Cour est réticente à s'immiscer dans un régime de réglementation à caractère «intérieur».

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Markevich v. Canada, [1999] 3 F.C. 28 (T.D.), has been reversed on appeal (A-174-99; 2001 FCA 144). The reasons for judgment, handed down 7/5/01, will be published in the *Federal Court Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Mitchell v. M.N.R., [1999] 1 F.C. 375 (C.A.), was reversed by a decision dated 24/5/01, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for Leave to Appeal

Caron v. Canada, A-381-98, Décary J.A., judgment dated 8/9/00 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 3/5/01.

Granger v. Canada (Treasury Board), A-250-98, Décary J.A., judgment dated 2/6/00 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 3/5/01.

Haas Estate v. Canada, [2001] 1 F.C. D-46 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 24/5/01.

Macdonald v. Canada, A-144-99, Strayer J.A., judgment dated 14/11/00 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 24/5/01.

Macdonald v. Ontario, A-455-99, Strayer J.A., judgment dated 14/11/00 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 24/5/01.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Markevich c. Canada*, [1999] 3 C.F. 28 (1^{re} inst.), a été infirmée en appel (A-174-99; 2001 CAF 144). Les motifs du jugement, prononcés le 7-5-01, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Mitchell c. M.R.N., [1999] 1 C.F. 375 (C.A.), a été infirmé par une décision en date du 24-5-01, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Caron c. Canada, A-381-98, le juge Décary, J.C.A., jugement en date du 8-9-00 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 3-5-01.

Granger c. Canada (Conseil du Trésor), A-250-98, le juge Décary, J.C.A., jugement en date du 2-6-00 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 3-5-01.

Haas, succession c. Canada, [2001] 1 C.F. F-58 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 24-5-01.

Macdonald c. Canada, A-144-99, le juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 14-11-00 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 24-5-01.

Macdonald c. Ontario, A-455-99, le juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 14-11-00 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 24-5-01.

**Canada
Federal Court
Reports**

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

2001, Vol. 2, Part 2

2001, Vol. 2, 2^e fascicule

	A-421-98		A-421-98
The Attorney General of Canada (<i>Applicant</i>)		Le procureur général du Canada (<i>demandeur</i>)	
v.		c.	
Lynda McKinnon (<i>Respondent</i>)		Lynda McKinnon (<i>défenderesse</i>)	
	A-422-98		A-422-98
Her Majesty the Queen (<i>Appellant</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>appelante</i>)	
v.		c.	
Ronald Lapointe (<i>Respondent</i>)		Ronald Lapointe (<i>intimé</i>)	
	A-423-98		A-423-98
Her Majesty the Queen (<i>Appellant</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>appelante</i>)	
v.		c.	
Lynda McKinnon (<i>Respondent</i>)		Lynda McKinnon (<i>intimée</i>)	
	A-424-98		A-424-98
The Attorney General of Canada (<i>Applicant</i>)		Le procureur général du Canada (<i>demandeur</i>)	
v.		c.	
Brad Worrell (<i>Respondent</i>)		Brad Worrell (<i>défendeur</i>)	
	A-425-98		A-425-98
Her Majesty the Queen (<i>Appellant</i>)		Sa Majesté la Reine (<i>appelante</i>)	
v.		c.	
Brad Worrell (<i>Respondent</i>)		Brad Worrell (<i>intimé</i>)	
	A-426-98		A-426-98
The Attorney General of Canada (<i>Applicant</i>)		Le procureur général du Canada (<i>demandeur</i>)	
v.		c.	
Ronald Lapointe (<i>Respondent</i>)		Ronald Lapointe (<i>défendeur</i>)	

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

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

Court of Appeal, Stone, Rothstein and Evans J.J.A.—
Toronto, May 15; Ottawa, October 24, 2000.

Cour d'appel, juges Stone, Rothstein et Evans, J.C.A.—
—Toronto, 15 mai; Ottawa, 24 octobre 2000.

Income Tax — Corporations — Directors' liability — Due diligence defence — Appeals, applications for judicial review of T.C.C. decision directors not liable for company's failure to remit employer's portion of CPP, UI contributions, GST on ground not having de facto control of company's finances — Company manufacturing components used in construction encountering financial difficulties — CA, experienced in rescuing construction companies, advising company viable, searching for investors — Bank dishonouring source deduction cheques — Company continuing to prepare remittance cheques which bank sometimes honoured on discretionary basis — Declared bankruptcy — Under I.T.A., s. 227.1(1) directors jointly, severally liable for unpaid remittances — CPP, UI Act incorporating s. 227.1 with respect to CPP, UI source deductions — Excise Tax Act, s. 323(1), (3) similar to Income Tax Act, s. 227.1(1), (3) — T.C.C. concluding directors relieved of liability when company lost effective control of finances to bank — Appeals, applications for judicial review dismissed — General principles from cases reviewed, including rationale for s. 227.1, nature of due diligence test — Inappropriate to import requirement into s. 227.1(1) engaged only if directors have de facto control of financial operation of company, particularly payment of bills: (i) courts should not normally add words to those in statutory text; (ii) unnecessary when conduct to prevent company's failure to remit satisfied standard of care stipulated; (iii) reasonableness of conduct only relevant as defence once liability under s. 227.1(1) engaged — S. 227.1(3) defence applies only if directors exercised care, diligence, skill reasonably prudent business person in comparable circumstances would have exercised to prevent future default — Requires positive steps which, if successful, could have prevented company's failure to remit from occurring — Remittance cheques continued to be prepared, efforts made to find new investor by person with successful track record — Directors could reasonably say if found investor acceptable to bank, failures to remit might have been prevented — Due diligence test in s. 227.1(3) met.

These were appeals under the *Income Tax Act* in respect of a company's failure to remit employer portions of Canada

Impôt sur le revenu — Sociétés — Responsabilité des administrateurs — Moyen de défense de la diligence raisonnable — Appels et recours en contrôle judiciaire contre la décision de la C.C.I. portant que les administrateurs en cause ne sont pas responsables du défaut de la compagnie de verser les cotisations d'employeur au RPC et à l'assurance-chômage ainsi que la TPS pour le motif que dans les faits, ils n'avaient pas le contrôle de ses finances — La compagnie, qui fabriquait des éléments utilisés dans la construction, a connu des difficultés financières — Un comptable agréé, connu pour son expérience dans le renflouement d'entreprises de construction, leur a dit que la compagnie était viable et a fait des efforts pour trouver des investisseurs — La banque n'a pas honoré les chèques de versement des retenues à la source — La compagnie a continué à préparer des chèques de versement, que la banque a honorés à quelques reprises, à sa discrétion — La compagnie a déclaré faillite — Selon l'art. 227.1(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, les administrateurs sont solidairement responsables du défaut de versement — Le Régime de pensions du Canada et la Loi sur l'assurance-chômage incorporent l'art. 227.1 pour application aux retenues à la source au titre du RPC et de l'assurance-chômage — L'art. 323(1) et (3) de la Loi sur la taxe d'accise est le pendant de l'art. 227.1(1) et (3) de la Loi de l'impôt sur le revenu — La C.C.I. a conclu que les administrateurs sont exonérés du fait que la compagnie a perdu le contrôle effectif de ses finances aux mains de la banque — Rejet des appels et des recours en contrôle judiciaire — Recension des principes généraux définis par la jurisprudence, y compris le but de l'art. 227.1 et la nature de la norme de diligence raisonnable — Il ne faut pas interpréter l'art. 227.1(1) comme signifiant qu'il ne s'applique que si les administrateurs ont dans les faits le contrôle des opérations financières de la compagnie, en particulier du règlement de ses obligations: (i) le juge ne doit normalement pas ajouter des termes à ceux du texte de loi adopté par le législateur; (ii) ils sont inutiles lorsque les mesures prises pour prévenir le défaut satisfont à la norme de diligence prévue; (iii) que ces mesures soient raisonnables ou non n'a d'importance que vis-à-vis du moyen de défense, une fois l'administrateur tenu pour responsable par application de l'art. 227.1(1) — L'art. 227.1(3) n'exonère que l'administrateur qui a agi avec autant de soin, de diligence et de compétence pour prévenir le manquement, que l'aurait fait une personne raisonnablement prudente dans les mêmes circonstances — Il faut qu'il ait pris des mesures concrètes qui, si elles avaient abouti, auraient pu prévenir le défaut de versement — La compagnie a continué à préparer les chèques de versement, et une personne qui avait fait ses preuves en la matière a fait des efforts pour trouver un nouvel investisseur — Les administrateurs en cause pourraient raisonnablement soutenir que s'ils avaient réussi à trouver un investisseur acceptable pour la banque, les défauts de versement auraient pu être évités — Ils ont satisfait à la norme de diligence raisonnable, prévue à l'art. 227.1(3).

La Cour est saisie en l'espèce d'appels formés sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au sujet de la

Pension Plan (CPP) and unemployment insurance (UI) contributions, and applications for judicial review in respect of unremitted GST under the *Excise Tax Act*. The respondents were directors of Abel Metal Limited, a company which, for 30 years, had manufactured non-structural metal components used in construction. In 1992 the company began to experience financial difficulties. Its bank expressed concern over the April 1993 financial statement. Although the company had always paid its bills, in September 1993 the bank dishonoured a company remittance cheque to Revenue Canada without giving prior notice to its customer. Abel engaged a chartered accountant, who had had success in assisting other companies in the construction industry that had fallen into financial difficulties. On October 18 the bank dishonoured a cheque in respect of September payroll source deductions. Nonetheless the company continued to prepare remittance cheques in the hope that the bank would honour them, which, on a few occasions, it did on a discretionary basis. In April, 1994 Abel filed for bankruptcy. The trustee in bankruptcy paid the outstanding employee portions of the deductions, but the employer's contributions to CPP, UI and the GST were not paid. *Income Tax Act*, subsection 227.1(1) makes directors jointly and severally liable where a corporation has failed to remit taxes. *Canada Pension Plan*, section 21.1 and *Unemployment Insurance Act*, subsection 54(1) incorporate section 227.1 with regard to directors' liability for failing to remit CPP and UI source deductions. Subsection 227.1(3) exempts a director from liability where he has exercised the degree of care, diligence and skill to prevent the failure that a reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances. *Excise Tax Act*, subsection 323(3)(1) is similar to *Income Tax Act*, section 227.1(1) and subsection 323(3) is identical to subsection 227.1(3). The Tax Court held that the fact that the bank controlled Abel's finances was sufficient to relieve the directors of personal liability for both the payroll and the GST assessments since subsection 227.1(1) assumes that the directors have freedom of choice in this regard. It concluded that the company had lost effective control of its finances to the bank on October 18, 1993 and this circumstance relieved the directors of any personal liability for subsequent defaults.

The issues were: whether the directors were excluded from the scope of subsection 227.1(1) by the *de facto* control exercised by the bank over the company's ability to make remittances to Revenue Canada; and, if not, whether the directors had established a defence under subsection 227.1(3).

responsabilité résultant du défaut par la compagnie de verser les cotisations d'employeur au Régime de pensions du Canada (RPC) et à l'assurance-chômage, et de recours en contrôle judiciaire au sujet du défaut de verser la TPS en application de la *Loi sur la taxe d'accise*. Les défendeurs (intimés ou défendeurs) étaient les administrateurs d'Abel Metal Limited, laquelle avait été pendant près de 30 ans une entreprise de fabrication d'éléments métalliques non structuraux utilisés dans la construction. En 1992, la compagnie a commencé à éprouver des difficultés financières. En avril 1993, sa banque a manifesté son inquiétude au vu de ses états financiers. Bien que la compagnie eût toujours honoré ses factures, la banque a, en septembre 1993, rejeté sans préavis son chèque de versement à Revenu Canada. Abel a retenu les services d'un comptable agréé, qui avait eu du succès dans le renflouement d'autres entreprises de construction en difficulté financière. Le 18 octobre, la banque rejeta un chèque de versement des retenues à la source sur salaires de septembre. La compagnie a quand même continué à préparer des chèques de versement dans l'espoir que la banque les honorerait, ce que cette dernière a fait, à quelques reprises, à sa discrétion. En avril 1994, Abel a déclaré faillite. Le syndic de faillite a versé les retenues sur salaires en souffrance, mais les cotisations d'employeur au RPC et à l'assurance-chômage ainsi que la TPS n'ont pas été versées. Aux termes du paragraphe 227.1(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les administrateurs sont solidairement responsables du défaut de versement de leur société. L'article 21.1 du *Régime de pensions du Canada* et le paragraphe 54(1) de la *Loi sur l'assurance-chômage* incorporent respectivement l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au sujet de la responsabilité des administrateurs en cas de défaut de versement des retenues effectuées à la source au titre du RPC et de l'assurance-chômage. Le paragraphe 227.1(3) exonère l'administrateur qui a agi avec autant de soin, de diligence et de compétence pour prévenir le manquement que l'aurait fait une personne raisonnablement prudente dans les mêmes circonstances. Le paragraphe 323(1) de la *Loi sur la taxe d'accise* est le pendant du paragraphe 227.1(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et son paragraphe 323(3), celui du paragraphe 227.1(3). La Cour de l'impôt a conclu que le fait que les finances d'Abel étaient contrôlées par la banque suffisait à dégager les administrateurs de la responsabilité personnelle tant à l'égard des retenues salariales que pour les cotisations de la TPS, puisque le paragraphe 227.1(1) présume la liberté de choix à cet égard. Elle a jugé que la compagnie a perdu le contrôle effectif de ses finances aux mains de la banque à compter du 18 octobre 1993, ce qui exonérait les administrateurs de toute responsabilité personnelle quant aux défauts subséquents.

La Cour doit examiner si le contrôle exercé dans les faits par la banque sur l'aptitude de la compagnie à faire des versements à Revenu Canada exclut les administrateurs du champ d'application du paragraphe 227.1(1) et, dans la négative, si ceux-ci peuvent se prévaloir du moyen de défense prévu au paragraphe 227.1(3).

Held, the appeals and applications for judicial review should be dismissed.

Per Evans J.A. (Stone J.A. concurring): Although most cases dealing with subsection 227.1(3) are framed in terms of the facts of the particular case, the following general principles have been developed: (i) The rationale of section 227.1 is to prevent directors from choosing to pay creditors whose goods or services are necessary to the continued operation of the business instead of taxes owing to the Crown. The allegation here was not that the directors chose to pay creditors other than the Crown, but that they continued to operate the business although they knew that the bank was likely to honour cheques to pay creditors essential to the ability of the company to remain in business, but not to permit the company to discharge its debts to the Crown, for as long as the bank believed that the company's continued operation would best protect its interest as a creditor of the company. (ii) The "due diligence" test is objective-subjective. The court must take into account the characteristics of the directors whose conduct is in question, including their levels of relevant skill, experience and knowledge. It must then ask whether, if faced with similar circumstances, a reasonably prudent director, with comparable levels of skill, experience and qualifications would have acted in the same way as these directors. The "due diligence" owed by the respondents is at the high end of the spectrum. They were "inside" directors who managed the company, with which they had been associated from its early days, and were very experienced in, and knowledgeable about, the company's business. (iii) "Due diligence" normally requires that, when a director becomes aware that the company is falling behind with its remittances, he or she should take some positive steps to prevent the default. The directors of Abel did take some positive steps to try to extricate the company from its financial difficulties by engaging a chartered accountant, who advised them that the company was viable, and made efforts to find interested investors. There were also discussions with the bank over the honouring of cheques payable to employees and suppliers but it was clear that the bank would honour cheques payable to Revenue Canada only at its discretion. (iv) Subsection 227.1(3) requires directors to prevent the failure to remit. If directors become liable *prima facie* for a company's failure to remit, they normally cannot claim the benefit of subsection 227.1(3) if their efforts were capable only of enabling them to remedy defaults after they had occurred. The most important thing done by the directors to prevent Abel's failures to remit was to engage a chartered accountant to find new sources of investment for the company. In addition, the fact that remittance cheques continued to be prepared in the hope that the bank would honour them can also be considered a potentially preventative measure. (v) Directors incur no personal liability under subsection 227.1(1), and therefore do not need to invoke subsection 227.1(1) if at any time the company's debt to Revenue Canada, including interest and late payment penalties, is

Arrêt: les appels et recours en contrôle judiciaire doivent être rejetés.

Le juge Evans, J.C.A. (le juge Stone, J.C.A., souscrivant à son avis): Bien que la plupart des décisions sur l'application du paragraphe 227.1(3) se confinent au cas d'espèce, elles ont dégagé les principes généraux suivants: (i) L'article 227.1 vise à interdire aux administrateurs de choisir de payer les créanciers dont les biens ou services sont essentiels au maintien en activité de l'entreprise, au lieu de remettre l'argent dû au fisc. Ce qu'on reprochait aux administrateurs en l'espèce, ce n'était pas d'avoir choisi de désintéresser d'autres créanciers que la Couronne, mais d'avoir continué à exploiter l'entreprise tout en sachant que la banque honorerait en toute probabilité les chèques tirés au profit des fournisseurs essentiels au maintien en activité de l'entreprise, mais ne permettrait pas à cette dernière de désintéresser la Couronne, aussi longtemps qu'elle pensait que le maintien en activité de la compagnie serait la meilleure protection de ses intérêts de créancière. (ii) La norme de «diligence raisonnable» est une norme à la fois objective et subjective. Le juge doit prendre en considération les caractéristiques des administrateurs en cause, y compris leur niveau de compétence, d'expérience et de savoir au regard de leurs fonctions, puis se demander si, dans les mêmes circonstances, un administrateur raisonnablement prudent, avec le même niveau de compétence, d'expérience et de connaissances, aurait fait de même. La «diligence raisonnable» à laquelle étaient tenus les défendeurs se situe au haut de l'échelle. Ils étaient des administrateurs «internes» qui dirigeaient la compagnie, à laquelle ils avaient pris part dès les débuts et dont ils connaissaient parfaitement les affaires. (iii) La «diligence raisonnable» signifie normalement que dès que l'administrateur sait que la compagnie ne peut pas faire les versements en souffrance, il doit prendre des mesures concrètes pour prévenir le défaut. Les administrateurs d'Abel ont effectivement pris des mesures concrètes pour essayer de tirer la compagnie de ses difficultés financières, en retenant les services d'un comptable agréé qui leur a dit que la compagnie était viable et qui a fait des efforts pour trouver des investisseurs. Il y a eu aussi des discussions avec la banque au sujet du paiement des chèques tirés au profit des fournisseurs et des employés, mais il était clair que celle-ci n'honorait qu'à sa discrétion les chèques de versement à Revenu Canada. (iv) Le paragraphe 227.1(3) impose aux administrateurs de prévenir le défaut. Si ceux-ci deviennent à première vue responsables du défaut de versement de la compagnie, ils ne peuvent normalement se réclamer du bénéfice du paragraphe 227.1(3) si leurs efforts n'avaient pour effet que de les mettre en état de remédier au défaut après coup. La mesure la plus importante qu'aient prise les administrateurs pour prévenir le défaut de versement d'Abel a été de retenir les services d'un comptable agréé pour trouver de nouvelles sources financières pour la compagnie. En outre, le fait que la compagnie continuait à préparer les chèques de versement dans l'espoir que la banque les honorerait, peut aussi être considéré comme une

discharged. As the employee portions of the payroll deductions were subsequently paid to Revenue Canada the directors were never vicariously liable under subsection 227.1(1) to pay them. (vi) A director who has lost legal control over the company, on the appointment of a receiver-manager, is not liable to Revenue Canada for company debts that are incurred subsequently. Non-liability in these situations has been explained both on the ground that subsection 227.1(1) assumes that the directors were able freely to choose whether the company remitted its payroll deductions, and because directors who lacked the necessary control over the company's finances could not be said to have failed to show "due diligence".

(1) It is inappropriate to import into subsection 227.1(1) a requirement that it is only engaged if the directors have *de facto* control over the financial operation of the company, particularly the payment of its bills. First, these words are not contained in the statute, and courts should normally not add words to those in the statutory text approved by Parliament. Second, it is unnecessary to read the notion of control into subsection 227.1(1). The due diligence exemption in subsection 227.1(3) is broad enough to provide a defence to directors who have acted with propriety in attempting to prevent defaults by their company. Moreover, it will be difficult to determine whether, in a given case, the directors retained sufficient "control" to trigger subsection (1). Third, if the concept of "control" extends to a *de facto* inability to take measures to ensure that remittances are paid when they fall due because the company's bank will not honour cheques in favour of Revenue Canada, then a director would not become liable under subsection 227.1(1), regardless of whether it was reasonable to keep the business going, and of the length of time that it was operated without making remittances when legally due. The reasonableness of a director's conduct is only relevant as a defence under subsection 227.1(3) once liability under subsection (1) has been engaged. Therefore the decision that the directors of Abel were not liable for the unremitted source deductions and GST could not be supported on the ground that subsection 227.1(1) was not triggered because the bank's insistence that it approve any cheques written by the company deprived the taxpayers of control of the company's finances.

(2) The focus of this appeal should be on the conduct of the directors after October 18, 1993 when the bank

mesure potentiellement préventive. (v) Les administrateurs n'encourent aucune responsabilité personnelle par application du paragraphe 227.1(1) et n'ont donc pas besoin d'invoquer le paragraphe 227.1(3) si à un moment donné, la dette de la compagnie envers Revenu Canada, y compris intérêts et pénalités pour retard de paiement, est acquittée. Comme les retenues sur salaires ont été versées par la suite à Revenu Canada, ces administrateurs n'en ont jamais été indirectement responsables sous le régime du paragraphe 227.1(1). (vi) L'administrateur qui a perdu juridiquement le contrôle de la compagnie, à la nomination d'un séquestre-gérant, n'est pas tenu envers Revenu Canada des dettes contractées par la suite. L'exonération dans ces cas a été expliquée à la fois par le fait que le paragraphe 227.1(1) suppose que les administrateurs ont tout loisir de décider si la compagnie verse les retenues à la source, et par le fait qu'on ne saurait dire que les administrateurs qui n'ont pas le contrôle nécessaire des finances de la compagnie, n'ont pas fait preuve de «diligence raisonnable».

1) Il ne faut pas interpréter le paragraphe 227.1(1) comme signifiant qu'il ne s'applique que si les administrateurs ont dans les faits le contrôle des opérations financières de la compagnie, en particulier du règlement de ses obligations. En premier lieu, pareils termes ne figurent pas dans le texte de loi, et le juge ne doit normalement pas ajouter des termes à ceux du texte de loi adopté par le législateur. En deuxième lieu, il est inutile d'insérer la notion de contrôle dans le paragraphe 227.1(1). L'exonération pour cause de diligence raisonnable que prévoit le paragraphe 227.1(3) est suffisamment générale pour fournir un moyen de défense aux administrateurs qui ont fait ce qu'il fallait faire pour essayer de prévenir le défaut de versement de leur compagnie. D'ailleurs, il sera difficile de décider si, dans un cas donné, les administrateurs ont conservé suffisamment de «contrôle» pour que le paragraphe (1) entre en jeu. En troisième lieu, si le concept de «contrôle» s'étend à l'inaptitude dans les faits à prendre des mesures pour s'assurer que les sommes dues sont versées à l'échéance, parce que la banque n'honore pas les chèques à l'ordre de Revenu Canada, cela signifie que l'administrateur concerné ne sera pas responsable par application du paragraphe 227.1(1), peu importe qu'il soit raisonnable ou non de maintenir l'entreprise en activité, et peu importe le temps pendant lequel elle reste en activité sans verser les sommes dues à l'échéance. Que les faits et gestes de l'administrateur soient raisonnables ou non n'a d'importance à titre de moyen de défense au regard du paragraphe 227.1(3) qu'une fois que cet administrateur est tenu pour responsable par application du paragraphe (1). La décision que les administrateurs en l'espèce n'étaient pas responsables du défaut de versement des retenues à la source et de la TPS, ne peut donc se fonder sur la conclusion que le paragraphe 227.1(1) n'entraîne pas en jeu parce que l'insistance mise par la banque à approuver les chèques tirés par la compagnie privait les contribuables du contrôle des finances de cette dernière.

2) L'appel doit être centré sur ce qu'ont fait les administrateurs d'Abel après le 18 octobre 1993, date à laquelle la

dishonoured the second remittance cheque. In order to avail themselves of the defence provided by subsection 227.1(3), directors must normally have taken positive steps which, if successful, could have prevented the company's failure to remit from occurring. If directors decide to continue the business in the expectation that the company will turn around and will be able to make good its remittance defaults after they have occurred, and if the company nonetheless fails without having paid its tax debts, it is no defence for the directors to say that the risk that they took would have been taken by a reasonable person. It must be demonstrated that the directors exercised the care, diligence and skill that a reasonably prudent business person in comparable circumstances would have exercised to prevent a future default. The liability of a director for unremitted source deductions and GST does not crystallize until the conditions prescribed by subsection 227.1(1) have been satisfied. The fact that before crystallization, the liability of the director is inchoate is not incompatible with a finding that there was a failure to remit when no remittance was made on the date when the remittance was due. Accordingly, the directors of Abel could not have obtained the benefit of subsection 227.1(3) on the basis of an assertion that they had continued the business, reasonably relying on the chartered accountant's advice that it could be turned around in 18 months' time by which time the economy should have improved. Following this advice could not have prevented any failures to remit that occurred prior to the revival of the company's fortunes.

Given the limitations placed upon them by the bank's *de facto* control of the company's finances, on the facts of this case, the directors exercised the degree of care, diligence and skill to prevent failures to remit that would have been shown by a reasonably prudent person in comparable circumstances. That remittance cheques continued to be prepared, admittedly without a realistic hope that the bank would honour them all, also indicated that the directors were not unmindful of the company's debt to Revenue Canada. Much more important were the chartered accountant's continued efforts to find a new investor, given his belief that the company could then quickly be turned around. As long as these efforts were being made in good faith by a person with a successful track record in rescuing companies in the construction industry, the directors of Abel could reasonably say that, if an investor were found and approved by the bank, the company would obtain bonding and be in a position to bid on lucrative contracts, which might have persuaded the bank to increase its line of credit or, at least to honour Abel's next remittance cheque. If the chartered accountant had found an investor acceptable to the bank, the failures to remit might have been prevented. The facts that he was not successful and that the failures occurred did not render the directors liable if they had made reasonable efforts to prevent them. However, it would not have been open to the directors to have relied indefinitely on the chartered accountant's advice if there was no indication of

banque rejeta le second chèque de versement. Pour être en mesure d'invoquer le moyen de défense tiré du paragraphe 227.1(3), il faut normalement qu'ils aient pris des mesures concrètes qui, si elles avaient abouti, auraient pu prévenir le défaut de versement. Si les administrateurs décident de maintenir l'entreprise en activité dans l'espoir que la compagnie sera remise à flot et sera en mesure de rattraper les défauts de versement après coup, et qu'elle fasse quand même faillite sans avoir payé ce qu'elle devait au fisc, ils ne peuvent arguer en défense qu'une personne raisonnable aurait accepté le risque qu'ils ont couru. Il leur faut prouver qu'ils ont agi avec le soin, la diligence et l'habileté qu'un homme d'affaires raisonnablement prudent aurait exercé dans des circonstances comparables pour prévenir le défaut. La responsabilité d'un administrateur en cas de défaut de versement des retenues à la source et de la TPS ne se cristallise qu'une fois que les conditions prévues au paragraphe 227.1(2) auront été réunies. Le fait qu'avant de se cristalliser, la responsabilité de l'administrateur soit latente n'est pas incompatible avec la conclusion qu'il y a eu défaut de versement si aucun versement n'a été fait à la date d'échéance. Il s'ensuit que les administrateurs d'Abel ne pouvaient prétendre au bénéfice du paragraphe 227.1(3) par la simple assertion qu'ils avaient poursuivi l'exploitation de l'entreprise en s'en remettant raisonnablement à l'avis du comptable agréé que celle-ci pourrait se remettre à flot dans les 18 mois et que l'économie serait dans une meilleure conjoncture entre-temps. L'adoption de ce conseil ne pouvait pas prévenir les défauts de versement qui devaient survenir antérieurement au renflouement de la compagnie.

Étant donné les restrictions que leur imposait le contrôle de fait exercé par la banque sur les finances de la compagnie, il ressort des faits de la cause que les administrateurs ont exercé, pour prévenir les défauts de versement, le même degré de soin, de diligence et d'habileté qu'une personne raisonnablement prudente dans des circonstances comparables. Le fait que la compagnie continuait à préparer les chèques de versement, manifestement sans l'espoir réaliste que la banque les honorerait tous, indique aussi qu'ils n'ignoraient pas la dette de la compagnie envers Revenu Canada. Ce qui est bien plus important encore, c'étaient les efforts soutenus du comptable agréé pour trouver un nouvel investisseur, étant donné sa conviction que dès lors, la compagnie pourrait être rapidement remise à flot. Tant que ces efforts étaient poursuivis en bonne foi par une personne qui avait fait ses preuves dans le renflouement de compagnies dans le secteur du bâtiment, les administrateurs d'Abel pouvaient raisonnablement dire que, si un investisseur pouvait être trouvé et approuvé par la banque, la compagnie pourrait obtenir le cautionnement nécessaire pour soumissionner pour des contrats lucratifs, ce qui pourrait avoir pour effet d'engager la banque à accroître sa marge de crédit ou, à tout le moins, à honorer le prochain chèque de versement d'Abel. Si le comptable agréé avait réussi à trouver un investisseur acceptable pour la banque, les défauts de versement auraient pu être évités. Le fait qu'il n'a pas réussi et qu'il y a eu des défauts de versement, ne rend pas les

potential investor interest in the company. The directors satisfied the due diligence test in *Income Tax Act*, subsection 227.1(3) and *Excise Tax Act*, subsection 323(3).

Per Rothstein J.A. (concurring in the result): Whether the due diligence defence will be successful is fact-driven in each case i.e. always comparing what the directors did to prevent the failure with what a reasonably prudent person would have done in comparable circumstances. The due diligence defence was established on the facts of this case. It was preferable not to hypothesize as to other circumstances which might give rise to a successful due diligence defence.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 21.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.)), c. 6, s. 2).
Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 323 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1992, c. 27, s. 90; 1997, c. 10, s. 239).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8).
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 153(1), 227.1 (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. V, s. 90).
Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 108(1) (as am. by SOR/97-472, s. 3).
Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 54(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Soper v. Canada, [1998] 1 F.C. 124; (1998), 149 D.L.R. (4th) 297; [1997] 3 C.T.C. 242; 97 DTC 5407; 215 N.R. 372 (C.A.); *Canada v. Corsano*, [1999] 3 F.C. 173; (1999), 172 D.L.R. (4th) 708; [1999] 2 C.T.C. 395; 99 DTC 5658; 240 N.R. 151 (C.A.); *Canales v. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2001; (1996), 97 DTC 49 (T.C.C.); *Ruffo v. M.N.R.* (2000), 2000 DTC 6317 (F.C.A.); *Ruffo v. R.*, [1998] 2 C.T.C. 2203 (T.C.C.); *K. Merson v. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 2074; (1989), 89 DTC 22 (T.C.C.).

DISTINGUISHED:

Robitaille v. Canada, [1990] 1 F.C. 310; (1989), 90 DTC 6059; 30 F.T.R. 225 (T.D.); *Deschênes v. Canada*

administrateurs responsables s'ils avaient fait des efforts raisonnables pour les prévenir. Cependant, ceux-ci n'auraient pas été en droit de s'en remettre indéfiniment à l'avis du comptable agréé s'il n'y avait eu aucune indication d'intérêt de la part d'investisseurs dans la compagnie. Les administrateurs en l'espèce ont satisfait au critère de la diligence raisonnable, prévu au paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et au paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise*.

Le juge Rothstein, J.C.A. (souscrivant au résultat): Le moyen de défense de la diligence raisonnable est étroitement lié aux faits du cas d'espèce, c'est-à-dire qu'il faut toujours comparer ce qu'ont fait les administrateurs pour prévenir le défaut, à ce qu'aurait fait une personne raisonnablement prudente dans des circonstances comparables. La diligence raisonnable a été établie en l'espèce au regard des faits de la cause. Il est cependant préférable de ne pas conjecturer sur la question de savoir quels autres faits ou circonstances pourraient fonder ou non le même moyen de défense.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 153(1), 227.1 (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. V, art. 90).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8).
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 323 (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1992, ch. 27, art. 90; 1997, ch. 10, art. 239).
Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 54(1).
Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 21.1 (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 6, art. 2).
Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 108(1) (mod. par DORS/97-472, art. 3).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Soper c. Canada, [1998] 1 C.F. 124; (1998), 149 D.L.R. (4th) 297; [1997] 3 C.T.C. 242; 97 DTC 5407; 215 N.R. 372 (C.A.); *Canada c. Corsano*, [1999] 3 C.F. 173; (1999), 172 D.L.R. (4th) 708; [1999] 2 C.T.C. 395; 99 DTC 5658; 240 N.R. 151 (C.A.); *Canales c. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2001; (1996), 97 DTC 49 (C.C.I.); *Ruffo c. M.R.N.* (2000), 2000 DTC 6317 (C.A.F.); *Ruffo c. R.*, [1998] 2 C.T.C. 2203 (C.C.I.); *K. Merson c. M.R.N.*, [1989] 1 C.T.C. 2074; (1989), 89 DTC 22 (C.C.I.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Robitaille c. Canada, [1990] 1 C.F. 310; (1989), 90 DTC 6059; 30 F.T.R. 225 (1^{er} inst.); *Deschênes c.*

(*Minister of National Revenue — M.N.R.*), [1989] T.C.J. No. 800 (QL).

CONSIDERED:

Fancy v. M.N.R. (1988), 71 C.B.R. (N.S.) 29; [1988] 2 C.T.C. 2256; 88 DTC 1641 (T.C.C.); *Hamel (M.) v. M.N.R.*, [1992] 1 C.T.C. 2308; (1991), 92 DTC 1288 (T.C.C.); *Champeval (J.-P.) v. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2385; (1990), 90 DTC 1291 (T.C.C.); affd (1999), 99 DTC 5115 (F.C.T.D.); *Clarke v. R.*, [2000] 2 C.T.C. 431; (2000), 2000 DTC 6230 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Drover v. Canada (1998), 161 D.L.R. (4th) 518; 98 DTC 6378; 226 N.R. 382 (F.C.A.).

APPEALS from Tax Court's decision that the directors were not liable under *Income Tax Act*, subsection 227.1(3) in respect of the company's failure to remit employer portions of Canada Pension Plan and unemployment insurance contributions, and applications for judicial review of the Tax Court's decision that the directors were not liable in respect of unremitted GST under the *Excise Tax Act* (*Worrell et al. v. The Queen* (1998), 98 DTC 1783 (T.C.C.)). Appeals and applications for judicial review dismissed.

APPEARANCES:

Marie-Thérèse Boris for appellant/applicant.
Douglas H. Mathew and *Michael W. Colborne* for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant/applicant.
Thorsteinssons, Toronto, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] ROTHSTEIN J.A.: I am in general agreement with the reasons of Evans J.A. However, I wish to emphasize that whether the due diligence defence will be successful is fact-driven in each case, i.e. always comparing what the directors did to prevent the failure with what a reasonably prudent person would have done in comparable circumstances. I agree with Evans

Canada (Ministre du Revenu national — M.R.N.), [1989] A.C.I. n° 800 (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Fancy c. M.R.N. (1988), 71 C.B.R. (N.S.) 29; [1988] 2 C.T.C. 2256; 88 DTC 1641 (C.C.I.); *Hamel (M.) c. M.R.N.*, [1992] 1 C.T.C. 2308; (1991), 92 DTC 1288 (C.C.I.); *Champeval (J.-P.) c. M.R.N.*, [1990] 1 C.T.C. 2385; (1990), 90 DTC 1291 (C.C.I.); conf. par (1999), 99 DTC 5115 (C.F. 1^{re} inst.); *Clarke c. R.*, [2000] 2 C.T.C. 431; (2000), 2000 DTC 6230 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION CITÉE:

Drover c. Canada (1998), 161 D.L.R. (4th) 518; 98 DTC 6378; 226 N.R. 382 (C.A.F.).

APPELS contre la décision de la Cour de l'impôt concluant que les administrateurs en cause étaient exonérés par le paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du défaut par la compagnie de remettre les cotisations d'employeur au Régime de pensions du Canada et à l'assurance-chômage, et demandes de contrôle judiciaire contre la décision de la Cour de l'impôt concluant que ces administrateurs n'étaient pas responsables du défaut de remettre la TPS en application de la *Loi sur la taxe d'accise* (*Worrell et al. c. La Reine* (1998), 98 DTC 1783 (C.C.I.)). Appels et demandes de contrôle judiciaire rejetés.

ONT COMPARU:

Marie-Thérèse Boris pour l'appelante/demandeur.
Douglas H. Mathew et *Michael W. Colborne* pour les intimés/défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante/demandeur.
Thorsteinssons, Toronto, pour les intimés/défendeurs.

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

[1] LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.: Je partage dans l'ensemble les motifs prononcés par le juge Evans, J.C.A. Je tiens cependant à souligner que le moyen de défense de la diligence raisonnable est étroitement lié aux faits du cas d'espèce, c'est-à-dire qu'il faut toujours comparer ce qu'ont fait les administrateurs dans un cas donné pour prévenir le défaut, à ce

J.A. that the due diligence defence is established on the facts of this case. However, I would prefer not to hypothesize as to what other facts or circumstances might or might not provide grounds for a successful due diligence defence.

[2] I agree with the disposition of the matter as set forth in the reasons of Evans J.A.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[3] Company directors are jointly and severally liable to Revenue Canada for employee source deductions and Goods and Services Tax (GST) that their company has failed to remit and that cannot be recovered from it. However, it is a defence for a director to establish that he or she exercised the care, diligence and skill of a reasonably prudent person in comparable circumstances to prevent the failure.

[4] This case concerns the application of this defence of due diligence to a situation where, because the company had run into financial difficulties, its ability to make remittance payments was at the discretion of the bank to which it was indebted, but where it was also reasonable for the directors to believe that, by continuing to operate the business, they could restore the fortunes of the company.

[5] Whether the directors in this case satisfied the statutory standard of due diligence by exercising the degree of care, skill and diligence to prevent such failures as would be shown by a reasonably prudent person in comparable circumstances depends largely on the particular facts. However, some important legal issues about the scope of the due diligence defence are

qu'aurait fait une personne raisonnablement prudente dans des circonstances comparables. Je conviens avec le juge Evans que la diligence raisonnable a été établie en l'espèce au regard des faits de la cause. Je préférerais cependant ne pas conjecturer sur la question de savoir quels autres faits ou circonstances pourraient fonder ou non le même moyen de défense.

[2] Je souscris à la façon dont le juge Evans tranche l'affaire dans ses motifs.

* * *

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

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[3] Les administrateurs sont solidairement responsables envers Revenu Canada des retenues à la source sur les salaires des employés ainsi que de la taxe sur les produits et services (TPS) que leur compagnie n'a pas versées et qu'il est impossible de recouvrer auprès d'elle. Un administrateur peut cependant se défendre en faisant la preuve que, pour prévenir ce défaut, il a agi avec autant de soin, de diligence et d'habileté qu'une personne raisonnablement prudente dans des circonstances comparables.

[4] Le point litigieux porte en l'espèce sur l'application de ce moyen de défense de la diligence raisonnable à un cas où, par suite de difficultés financières, l'aptitude de la compagnie à effectuer les versements était à la discrétion de la banque à laquelle elle devait de l'argent, et où il était aussi raisonnable de la part des administrateurs de croire qu'en continuant à exploiter l'entreprise, ils finiraient par la remettre à flot.

[5] La réponse à la question de savoir si en l'espèce, les administrateurs ont satisfait à la norme légale de diligence raisonnable en agissant avec autant de soin, de diligence et d'habileté, pour prévenir le défaut, qu'une personne raisonnablement prudente dans des circonstances comparables, dépend en grande partie des faits de la cause. Il se pose cependant aussi

also raised.

[6] The proceeding argued before the Court is an appeal by the Crown against a decision of the Tax Court of Canada, dated June 4, 1998 [*Worrell et al. v. The Queen* (1998), 98 DTC 1783], in which McArthur T.C.J. allowed the taxpayer's appeal against a notice of assessment, both because the directors did not have *de facto* control of the company's finances and because they had exercised the requisite degree of care, skill and diligence to be exempted from liability for the company's failure to remit the employer portions of Canada Pension Plan (CPP) and Unemployment Insurance (UI) deductions, and GST.

[7] In addition, there are five other related proceedings. Each respondent is party to two proceedings: an appeal under the *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1] in respect of the company's failure to remit CPP and UI, and an application for judicial review in respect of unremitted GST under the *Excise Tax Act* [R.S.C., 1985, c. E-15]. The appeals are in files A-422-98, A-423-98 and A-425-98. The section 28 [of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8)] proceedings are in files A-421-98, A-424-98 and A-426-98.

[8] The proceedings were heard together on common evidence; Mr. Worrell testified on behalf of both himself and the other respondents, his co-directors, Ms. McKinnon and Mr. Lapointe, who, together, were the active directors and managers of the company, Abel Metal Limited (Abel). Accordingly, one set of reasons will suffice to dispose of all six cases. A copy of these reasons will be placed in each of the files and, when filed, shall become reasons for judgment in each of the matters.

B. FACTUAL BACKGROUND

[9] Abel had been in business in the Toronto area for the best part of 30 years, manufacturing and

quelques importants points de droit quant à la portée du moyen de défense de la diligence raisonnable.

[6] La procédure en instance est un appel formé par la Couronne contre la décision en date du 4 juin 1998 [*Worrell et al. c. La Reine* (1998), 98 DTC 1783], par laquelle le juge McArthur de la Cour canadienne de l'impôt a fait droit aux recours exercés par les contribuables contre des avis de cotisation, pour ce motif que les administrateurs ne contrôlaient pas dans les faits les finances de la compagnie et qu'ils justifiaient du degré requis de soin, d'habileté et de diligence pour être exonérés de leur responsabilité du fait du défaut par la compagnie de verser les cotisations d'employeur au Régime de pensions du Canada (RPC) et à l'assurance-chômage ainsi que la TPS.

[7] Il y a cinq autres procédures connexes. Chacun des défendeurs est partie à deux procédures, savoir un appel sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1] au sujet du défaut par la compagnie de verser ses cotisations au RPC et à l'assurance-chômage, et un recours en contrôle judiciaire au sujet du défaut de versement de la TPS sous le régime de la *Loi sur la taxe d'accise* [L.R.C. (1985), ch. E-15]. Les appels constituent les dossiers A-422-98, A-423-98 et A-425-98, et les recours fondés sur l'article 28 [de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8)], les dossiers A-421-98, A-424-98 et A-426-98.

[8] Ces affaires ont été entendues ensemble à partir d'une preuve commune. M. Worrell a témoigné en son nom propre et au nom des autres défendeurs (défendeurs et intimés), membres comme lui du conseil d'administration, savoir M^{me} McKinnon et M. Lapointe qui, ensemble, étaient les administrateurs et directeurs actifs de la compagnie, Abel Metal Limited (Abel). En conséquence, les mêmes motifs s'appliqueront à chacune des six affaires. Une copie des présents motifs sera versée dans chacun des dossiers en question et, après dépôt, constituera les motifs de jugement y afférents.

B. LES FAITS DE LA CAUSE

[9] Abel avait été pendant près de 30 ans une entreprise de fabrication d'éléments métalliques non

supplying non-structural metal components used in construction. During the recession that hit the construction industry in the late 1980s and early 1990s Abel suffered serious losses. It began to experience financial difficulties in the fall of 1992, which continued into the following year. Nonetheless, in 1993 it still employed 70 people.

[10] Abel's bank, the Canadian Imperial Bank of Commerce, expressed concern over the company's April 1993 financial statement. As a result, one of the directors, Mr. Lapointe, gave a personal guarantee to the bank of Abel's debt, which then stood at \$1.6 million. Abel had reached the limit of its credit line by either the fall of 1992, or early in 1993. Although in the past Abel had always paid its bills, on September 30, 1993 the bank dishonoured a company remittance cheque to Revenue Canada for insufficient funds, without giving prior notice to its customer.

[11] Abel's already difficult financial situation had been made worse when its request for bonding in June 1993 was refused because there was insufficient equity in the company. The formal letter of refusal from the bonding company was dated August 30, 1993. Unless Abel could come up with new capital of some \$350,000, or find another source of bonding, the refusal of bonding would severely limit its ability to obtain profitable new contracts and to contain its already serious cash flow problem.

[12] In an attempt to extricate itself from its financial troubles, on October 16, 1993 Abel engaged a Mr. Humphreys, a chartered accountant, who had had considerable success in assisting other companies in the construction industry that had fallen into financial difficulty. Together with two of Abel's directors, he met with bank officials to discuss the bank's concerns and to try to work out solutions.

[13] However, on October 18, only two days later, the bank dishonoured a cheque for \$46,000 drawn by Abel in favour of the Receiver General of Canada in

structurels utilisés dans la construction, dans la région de Toronto. Elle a subi de grosses pertes durant la récession qui affectait le secteur du bâtiment à la fin des années 1980 et au début des années 1990. Ses difficultés financières ont commencé à l'automne 1992 et se sont poursuivies l'année suivante. N'empêche qu'en 1993, elle avait encore 70 employés à son service.

[10] En avril 1993, sa banque, la Banque Canadienne Impériale de Commerce, a manifesté son inquiétude au vu de ses états financiers. Par suite, l'un des administrateurs, M. Lapointe, s'est personnellement porté garant, auprès de la banque, de l'argent qu'Abel devait à cette dernière à l'époque, savoir 1,6 million de dollars. Abel avait atteint la limite de sa marge de crédit à l'automne 1992 ou au début de 1993. Bien que par le passé, la compagnie eût toujours honoré ses factures, la banque a, le 30 septembre 1993, rejeté sans préavis son chèque de versement à Revenu Canada, pour défaut de provision.

[11] Les difficultés financières d'Abel s'étaient aggravées avec le rejet, en juin 1993 d'une demande de cautionnement, pour cause d'insuffisance d'avoir propre dans la compagnie. La lettre de rejet formel de la compagnie de cautionnement était datée du 30 août 1993. À moins qu'Abel ne pût trouver une injection de capital de quelque 350 000 \$ ou une autre source de cautionnement, le refus de cautionnement restreindrait sérieusement son aptitude à s'assurer de nouveaux contrats lucratifs et à pallier ses difficultés de trésorerie déjà graves.

[12] Dans l'espoir de se tirer de ses difficultés financières, Abel a, le 16 octobre 1993, retenu les services d'un certain M. Humphreys, comptable agréé, qui avait connu beaucoup de succès dans le renflouement d'autres entreprises de construction en difficulté financière. En compagnie de deux administrateurs d'Abel, celui-ci a rencontré des représentants de la banque pour discuter des sujets de préoccupation de celle-ci et essayer de trouver des solutions.

[13] Cependant, juste deux jours après, le 18 octobre, la banque rejeta un chèque de 46 000 \$, tiré par Abel à l'ordre du receveur général du Canada au titre

respect of September payroll source deductions. At about the same time, the bank started to reduce the company's line of credit. In a letter dated October 22, 1993 the bank informed Abel that it should be careful not to issue cheques that would take it beyond its credit limit with the bank. The bank also appointed BDO Dunwoody to "monitor" Abel's finances and to report to the bank on the company's prospects.

[14] The bank also required the directors of Abel to seek approval almost daily for permission to pay the company's creditors. After the October cheque was dishonoured for insufficient funds, it was clear both to the directors and Mr. Humphreys that the bank could not be counted on to honour any cheques issued by Abel in respect of GST or source deduction remittances. Nonetheless, Ms. McKinnon continued to prepare remittance cheques in the hope that the bank would honour them, which, on a few occasions, it did on a discretionary basis.

[15] Mr. Humphreys was satisfied that Abel was a viable company: it was well established in the construction business and had weathered previous cyclical downturns in the industry. His view was that, with an injection of new capital, the company could be turned around quickly and, even if none were forthcoming, Abel would be profitable within 18 months.

[16] Despite strenuous efforts, Mr. Humphreys could produce only one potential investor, but he was not acceptable to the bank. At this point, on April 27, 1994, the bank decided to call in its loans and Abel filed for bankruptcy. The company probably had been insolvent for the previous 12 months, even though it had apparently paid all its bills before the bank first dishonoured the first remittance cheque in September 1993.

[17] Nearly all of the company's debt to Revenue Canada for unremitted payments, from which the respondents' personal liability derives, accrued after October 18, 1993 when the bank started to exercise control over the cheques issued by Abel. After Abel

des retenues à la source sur salaires de septembre. À peu près à la même date, elle a commencé à réduire la marge de crédit de la compagnie. Par lettre en date du 22 octobre 1993, elle a averti Abel de ne pas dépasser sa marge de crédit avec ses chèques. En même temps, elle a désigné BDO Dunwoody pour «surveiller» la situation financière d'Abel et lui rendre compte des perspectives d'avenir de cette dernière.

[14] La banque imposait aussi aux administrateurs d'Abel d'obtenir presque quotidiennement sa permission pour payer les créanciers de la compagnie. Après que le chèque d'octobre eut été rejeté pour défaut de provision, les administrateurs comme M. Humphreys se sont rendu compte qu'ils ne pouvaient pas compter sur la banque pour honorer les chèques émis par Abel en paiement de la TPS et des retenues à la source sur salaires. N'empêche que M^{me} McKinnon a continué à préparer des chèques de versement dans l'espoir que la banque les honorerait, ce que cette dernière a fait, à quelques reprises, à sa discrétion.

[15] M. Humphreys était convaincu qu'Abel était une entreprise viable: elle était bien établie dans le secteur du bâtiment et s'était sortie d'autres baisses cycliques dans ce secteur. Il pensait qu'avec une injection de capital, la situation de la compagnie pourrait changer rapidement et que, même sans injection de capital, elle serait rentable au bout de 18 mois.

[16] Malgré ses efforts acharnés, M. Humphreys n'a pu trouver qu'un investisseur potentiel, mais celui-ci ne convenait pas à la banque. C'est à ce moment-là, le 27 avril 1994, que celle-ci a décidé de demander le remboursement de ses créances et que Abel a déclaré faillite. La compagnie avait été probablement insolvable pendant les 12 mois précédents, bien qu'elle eût réglé toutes ses factures avant que la banque ne rejetât une première fois son chèque de versement en septembre 1993.

[17] La quasi-totalité de la dette de la compagnie envers Revenu Canada au titre des versements manqués, lesquels mettaient en jeu la responsabilité personnelle des défendeurs, s'est accumulée à compter du 18 octobre 1993, date à laquelle la banque a

filed for bankruptcy, the trustee paid some of the money owing, namely, all the outstanding employee portions of the deductions. However, the employer portions of CPP and UI, and the GST, were not paid. The unpaid remittances (including interest and late payment penalties) amounted to \$133,747 and were the subject of the assessments with which this appeal is concerned.

C. THE LEGISLATION

Income Tax Act, R.S.C., 1985
(5th Supp.), c. 1 [as am. by
S.C. 1994, c. 7, Sch. V, s. 90]

227.1 (1) Where a corporation has failed to deduct or withhold an amount as required by subsection 135(3) or section 153 or 215, has failed to remit such an amount or has failed to pay an amount of tax for a taxation year as required under Part VII or VIII, the directors of the corporation at the time the corporation was required to deduct, withhold, remit or pay the amount are jointly and severally liable, together with the corporation, to pay that amount and any interest or penalties relating thereto.

(2) A director is not liable under subsection (1), unless

(a) a certificate for the amount of the corporation's liability referred to in that subsection has been registered in the Federal Court under section 223 and execution for that amount has been returned unsatisfied in whole or in part;

(b) the corporation has commenced liquidation or dissolution proceedings or has been dissolved and a claim for the amount of the corporation's liability referred to in that subsection has been proved within six months after the earlier of the date of commencement of the proceedings and the date of dissolution; or

(c) the corporation has made an assignment or a receiving order has been made against it under the *Bankruptcy and Insolvency Act* and a claim for the amount of the corporation's liability referred to in that subsection has been proved within six months after the date of the assignment or receiving order.

(3) A director is not liable for a failure under subsection (1) where the director exercised the degree of care, diligence and skill to prevent the failure that a reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances.

commencé à exercer son contrôle sur les chèques émis par Abel. Après que cette dernière eut déclaré faillite, le syndic de faillite a versé une partie des sommes dues, savoir toutes les cotisations d'employé qui étaient en souffrance. Cependant, les cotisations d'employeur au RPC et à l'assurance-chômage ainsi que la TPS n'ont pas été réglées. Ces versements manqués (y compris intérêts et pénalités pour retard de paiement) s'élevaient à 133 747 \$, et ce sont les cotisations y afférentes qui font l'objet du présent appel.

C. LES TEXTES APPLICABLES

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985)
(5^e suppl.), ch. 1 [mod. par L.C. 1994,
ch. 7, ann. V, art. 90]

227.1 (1) Lorsqu'une société a omis de déduire ou de retenir une somme, tel que prévu au paragraphe 135(3) ou à l'article 153 ou 215, ou a omis de remettre cette somme ou a omis de payer un montant d'impôt en vertu de la partie VII ou VIII pour une année d'imposition, les administrateurs de la société, au moment où celle-ci était tenue de déduire, de retenir, de verser ou de payer la somme, sont solidairement responsables, avec la société, du paiement de cette somme, y compris les intérêts et les pénalités s'y rapportant.

(2) Un administrateur n'encourt la responsabilité prévue au paragraphe (1) que dans l'un ou l'autre des cas suivants:

a) un certificat précisant la somme pour laquelle la société est responsable selon ce paragraphe a été enregistré à la Cour fédérale en application de l'article 223 et il y a eu défaut d'exécution totale ou partielle à l'égard de cette somme;

b) la société a engagé des procédures de liquidation ou de dissolution ou elle a fait l'objet d'une dissolution et l'existence de la créance à l'égard de laquelle elle encourt la responsabilité en vertu de ce paragraphe a été établie dans les six mois suivant le premier en date du jour où les procédures ont été engagées et du jour de la dissolution;

c) la société a fait une cession ou une ordonnance de séquestre a été rendue contre elle en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et l'existence de la créance à l'égard de laquelle elle encourt la responsabilité en vertu de ce paragraphe a été établie dans les six mois suivant la date de la cession ou de l'ordonnance de séquestre.

(3) L'administrateur n'est pas responsable de l'omission visée au paragraphe (1) lorsqu'il a agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables.

Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15
[as enacted by S.C. 1990, c. 45,
s. 12; 1992, c. 27, s. 90;
1997, c. 10, s. 239]

323. (1) Where a corporation fails to remit an amount of net tax as required under subsection 228(2) or (2.3), the directors of the corporation at the time the corporation was required to remit the amount are jointly and severally liable, together with the corporation, to pay that amount and any interest thereon or penalties relating thereto.

(2) A director of a corporation is not liable under subsection (1) unless

(a) a certificate for the amount of the corporation's liability referred to in that subsection has been registered in the Federal Court under section 316 and execution for that amount has been returned unsatisfied in whole or in part;

(b) the corporation has commenced liquidation or dissolution proceedings or has been dissolved and a claim for the amount of the corporation's liability referred to in subsection (1) has been proved within six months after the earlier of the date of commencement of the proceedings and the date of dissolution; or

(c) the corporation has made an assignment or a receiving order has been made against it under the *Bankruptcy and Insolvency Act* and a claim for the amount of the corporation's liability referred to in subsection (1) has been proved within six months after the date of the assignment or receiving order.

(3) A director of a corporation is not liable for a failure under subsection (1) where the director exercised the degree of care, diligence and skill to prevent the failure that a reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances.

[18] In addition, section 21.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 6, s. 2] of the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8 and subsection 54(1) of the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1 respectively incorporate section 227.1 of the *Income Tax Act* with regard to directors' liability for failing to remit CPP and UI source deductions.

D. THE TAX COURT'S DECISION

[19] On the facts essentially as outlined above, McArthur T.C.J. held (at paragraph 16) that, from

Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15
[édicte par L.C. 1990, ch. 45,
art. 12; 1992, ch. 27, art. 90;
1997, ch. 10, art. 239]

323. (1) Les administrateurs de la personne morale au moment où elle était tenue de verser une taxe nette comme l'exigent les paragraphes 228(2) ou (2.3), sont, en cas de défaut par la personne morale, solidairement tenus, avec cette dernière, de payer cette taxe ainsi que les intérêts et pénalités y afférents.

(2) L'administrateur n'encourt de responsabilité selon le paragraphe (1) que si:

a) un certificat précisant la somme pour laquelle la personne morale est responsable a été enregistré à la Cour fédérale en application de l'article 316 et il y a eu défaut d'exécution totale ou partielle à l'égard de cette somme;

b) la personne morale a entrepris des procédures de liquidation ou de dissolution, ou elle a fait l'objet d'une dissolution, et une réclamation de la somme pour laquelle elle est responsable a été établie dans les six mois suivant le premier en date du début des procédures et de la dissolution;

c) la personne morale a fait une cession, ou une ordonnance de séquestre a été rendue contre elle en application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, et une réclamation de la somme pour laquelle elle est responsable a été établie dans les six mois suivant la cession ou l'ordonnance.

(3) L'administrateur n'encourt pas de responsabilité s'il a agi avec autant de soin, de diligence et de compétence pour prévenir le manquement visé au paragraphe (1) que ne l'aurait fait une personne raisonnablement prudente dans les mêmes circonstances.

[18] Par ailleurs, l'article 21.1 [édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 6, art. 2] du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, et le paragraphe 54(1) de la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1, incorporent respectivement l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au sujet de la responsabilité des administrateurs en cas de défaut de versement des retenues effectuées à la source au titre du RPC et de l'assurance-chômage.

D. LA DÉCISION DE LA COUR DE L'IMPÔT

[19] Saisi des faits tels qu'ils sont essentiellement rappelés ci-dessus, le juge McArthur de la Cour

October 18, 1993, when Abel's payroll remittance cheque was dishonoured, until the company filed for bankruptcy in April of the following year,

. . . it was the bank, and not the directors, that controlled the finances of Abel. This restriction on the directors' freedom of choice is sufficient to relieve the [directors] of personal liability for both the payroll assessment and the GST assessment. The [directors] did not have the freedom of choice to govern the corporation and prevent the failures to remit

[20] Hence, since the directors had no *de facto* control over the payment of the company's debts, they were not liable under subsection 227.1(1), since this provision assumes that the directors had freedom of choice in this regard. He relied on *Robitaille v. Canada*, [1990] 1 F.C. 310 (T.D.) as the leading authority for this proposition, although he also noted that directors who lose *de facto* financial control of the company to its banker have also been excused under subsection 227.1(3) on the ground that, if in fact it was not within their power to prevent the company's default in making payroll remittances to Revenue Canada, they had satisfied the due diligence defence.

[21] In response to the argument that, in this situation, it was within the power of the directors of Abel to have prevented the company's foreseeable defaults by closing the business, McArthur T.C.J. relied on *Fancy v. M.N.R.* (1988), 71 C.B.R. (N.S.) 29 (T.C.C.). In that case, where the circumstances were somewhat similar to those of the instant case, Couture C.J.T.C. had rejected this argument (at page 36), on the ground that the liability created by subsection 227.1(1) was not absolute, but was conditional upon the directors'

. . . personal conduct in respect of the circumstances linked to the omission by their company to remit the deductions from its employees' salaries.

[22] McArthur T.C.J. inferred from this statement that if a reasonable person would, like the directors in

canadienne de l'impôt a conclu (au paragraphe 16 de ses motifs) que, depuis le 18 octobre 1993, date à laquelle le chèque de versement des retenues à la source fut rejeté, jusqu'au jour où Abel déclara faillite en avril de l'année suivante:

[. . .] c'était la banque, et non les administrateurs, qui contrôlait les finances d'Abel. Cette restriction quant à la liberté de choix suffit à dégager [ces administrateurs] de la responsabilité personnelle tant à l'égard des cotisations établies pour retenues salariales que pour les cotisations de la TPS. Les [administrateurs] n'ont pas eu la liberté de choix de diriger la société et d'empêcher les manquements en ce qui concerne les versements [. . .]

[20] Il s'ensuit que, les administrateurs n'ayant eu dans les faits aucun contrôle sur l'acquittement des dettes de la compagnie, ils n'étaient pas responsables sous le régime du paragraphe 227.1(1), puisque celui-ci suppose la liberté de choix à cet égard. Le juge McArthur a cité *Robitaille c. Canada*, [1990] 1 C.F. 310 (1^{re} inst.) comme décision de principe sur cette question, tout en notant que des administrateurs qui avaient perdu le contrôle financier de fait de la compagnie aux mains de la banque avaient aussi été exonérés par application du paragraphe 227.1(3) parce que si effectivement il n'était pas en leur pouvoir de prévenir le défaut par la compagnie de remettre les retenues à la source à Revenu Canada, ils avaient rempli de ce fait les conditions du moyen de défense de la diligence raisonnable.

[21] En réponse à l'argument que dans ce cas, les administrateurs d'Abel auraient pu prévenir les défauts prévisibles de la compagnie en la fermant, le juge McArthur cite le précédent *Fancy c. M.R.N.* (1988), 71 C.B.R. (N.S.) 29 (C.C.I.), dont les faits s'apparentent aux faits de la cause en instance. Le juge en chef Couture de la Cour canadienne de l'impôt y a rejeté cet argument (page 36), pour ce motif que la responsabilité créée par le paragraphe 227.1(1) n'était pas absolue, mais était fonction

[. . .] de [leur] conduite personnelle dans le cadre des circonstances liées à l'omission par leur société de remettre les sommes d'impôt prélevées sur le salaire de ses employés.

[22] Le juge McArthur conclut de cette affirmation que si une personne raisonnable, comme l'ont été les

this case, have continued to operate the company, subsection 227.1(3) provided a defence to the Crown's contention that they were personally liable for Abel's foreseeable failure to make remittances. The Judge found (at paragraph 19) that, in not closing the company down prior to October 18, 1993, the "appellants took a common sense approach" in view of: the company's "obligation to its employees not to shut down without satisfactory evidence that the business was not viable"; its history of surviving previous recessions in the construction industry; Mr. Humphreys' advice, and his attempts to persuade the bank to honour its cheques to the Receiver General of Canada and to find investors acceptable to the bank; and Mr. Lapointe's guarantee.

[23] After doing what it reasonably could, the Judge concluded, the company lost effective control of its finances to the bank as from October 18, 1993, which relieved the directors of any personal liability for subsequent defaults.

E. ISSUES

1. Did the *de facto* control exercised by the bank over the company's ability to make remittances to Revenue Canada exclude the directors from the scope of subsection 227.1(1)?

2. If the answer to Issue 1 is in the negative, did the directors exercise the care, diligence and skill of a reasonably prudent person in comparable circumstances to prevent the failures to remit so as to establish a defence under subsection 227.1(3)?

F. ANALYSIS

(i) some general principles

[24] While there is no shortage of cases on the application of subsection 227.1(3), relatively few contain statements of principle on the approach to be

administrateurs en l'espèce, continue à exploiter la compagnie, le paragraphe 227.1(3) donne à cette personne et donc aux administrateurs le moyen de défense contre la prétention par la Couronne qu'ils étaient personnellement responsables du défaut prévisible de Abel de verser les sommes dues. Il a conclu (au paragraphe 19) qu'en décidant de ne pas fermer l'entreprise avant le 18 octobre 1993, «les appelants ont adopté une approche fondée sur le bon sens», vu leur obligation «à l'égard de leurs employés [. . .] de ne pas fermer les portes de l'entreprise sans fournir de preuves satisfaisantes selon lesquelles [celle-ci] n'était pas viable», l'aptitude de celle-ci à survivre par le passé aux récessions dans le secteur du bâtiment, l'avis de M. Humphreys et ses tentatives de persuader la banque d'honorer les chèques tirés par l'entreprise au profit du receveur général du Canada et de trouver des investisseurs jugés acceptables par la banque, et enfin la garantie personnelle donnée par M. Lapointe.

[23] Le juge McArthur conclut qu'après avoir fait tout ce qu'elle pouvait faire, la compagnie a perdu le contrôle effectif de ses finances aux mains de la banque à compter du 18 octobre 1993, ce qui exonérait les administrateurs de toute responsabilité personnelle quant aux défauts subséquents.

E. LES POINTS LITIGIEUX

1. Le contrôle exercé dans les faits par la banque sur l'aptitude de la compagnie à faire des versements à Revenu Canada excluait-il les administrateurs du champ d'application du paragraphe 227.1(1)?

2. Dans la négative, les administrateurs ont-ils agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté qu'aurait exercé une personne raisonnable dans des circonstances comparables pour prévenir le défaut de versement, de façon à pouvoir se prévaloir du moyen de défense prévu au paragraphe 227.1(3)?

F. ANALYSE

(i) quelques principes généraux

[24] Si les causes portant sur l'application du paragraphe 227.1(3) ne manquent pas, il y en a relativement peu qui posent les principes touchant l'approche

taken to its interpretation and application. Rather, reasons for judgment tend to be framed in terms of the facts of the particular case: analysis often does not proceed much beyond the proposition that whether the “due diligence” defence has been established is to be determined by a consideration of all the circumstances of the case.

[25] In the absence of a developed analytical framework, cases are readily distinguishable on their facts, even when those facts, including the facts in the instant appeal, conform to a recurring general pattern. Inevitably, but without express advertence, some decisions exhibit a relatively strict approach to subsection 227.1(3), while others, including the decision under appeal here, adopt a view more favourable to the director.

[26] Nonetheless, amid this wilderness of single instances some general guidance on section 227.1 is available, most notably from this Court in *Soper v. Canada*, [1998] 1 F.C. 124 (C.A.). First, writing for the majority in *Soper*, *supra*, Robertson J.A. (at paragraph 11) put subsection 227.1(3) into context by explaining its rationale:

Non-remittance of taxes withheld on behalf of a third party was likewise not uncommon during the recession. Faced with a choice between remitting such amounts to the Crown or drawing such amounts to pay key creditors whose goods or services were necessary to the continued operation of the business, corporate directors often followed the latter course. Such patent abuse and mismanagement on the part of directors constituted the “mischief” at which section 227.1 was directed.

[27] Whether or not non-remittance of taxes in the circumstances described above can always properly be characterized as “patent abuse and mismanagement”, the conduct of the directors in the present case does not, in any event, fall within the precise mischief identified by Robertson J.A. The allegation here is not that the directors chose to pay creditors other than the Crown, but that they continued to operate the business in circumstances where they knew, or ought reasonably to have known, that the bank, which controlled

à adopter pour son interprétation et son application. Les motifs de jugement tendent plutôt à se focaliser sur les circonstances du cas d’espèce; souvent l’analyse se limite à l’observation que l’examen de la question de savoir si la «diligence raisonnable» est prouvée se fait compte tenu de toutes les circonstances de la cause.

[25] En l’absence d’un cadre d’analyse méthodique, ces causes se distinguent facilement les unes des autres par leurs faits, bien que ces faits, y compris ceux qui nous intéressent en l’espèce, présentent un même profil général. Inévitablement, mais sans qu’elles en fassent expressément état, certaines décisions donnent une interprétation relativement stricte du paragraphe 227.1(3), alors que d’autres, dont celle portée en appel en l’espèce, adoptent une vue plus favorable pour les administrateurs.

[26] N’empêche que parmi cette multitude de cas d’espèce, on peut dégager certains principes généraux sur l’article 227.1, en particulier de l’arrêt de notre Cour *Soper c. Canada*, [1998] 1 C.F. 124 (C.A.). En premier lieu, le juge Robertson, J.C.A., prononçant le jugement de la majorité, y met le paragraphe 227.1(3) en contexte et en explique le sens comme suit (au paragraphe 11):

Pendant la récession, il n’était pas rare non plus que des sociétés omettent de verser les retenues d’impôt faites au nom d’un tiers. Face à l’alternative de verser ces montants à la Couronne ou de les prendre pour rembourser d’importants créanciers dont les biens ou les services étaient nécessaires pour continuer d’exploiter l’entreprise, les administrateurs ont souvent choisi la deuxième voie. Cet abus et cette mauvaise gestion manifestes de la part des administrateurs constituaient la «situation irrégulière» que l’article 227.1 visait à corriger.

[27] Que le défaut de versement au fisc dans les circonstances évoquées ci-dessus puisse être ou non toujours qualifié à juste titre d’«abus et de mauvaise gestion manifestes», ce que faisaient les administrateurs en l’espèce ne constitue en aucun cas la «situation irrégulière» que relève le juge Robertson. Ce qu’on leur reprochait, ce n’était pas d’avoir choisi de désintéresser d’autres créanciers que la Couronne, mais d’avoir continué à exploiter l’entreprise alors qu’ils savaient, ou auraient dû logiquement savoir, que

their financial life support, was likely to honour cheques to pay creditors essential to the ability of the company to remain in business, but not to permit the company to discharge its debts to the Crown, for as long, at least, as the bank believed that the company's continued operation would best protect its interest as a creditor of the company.

[28] Second, *Soper, supra*, clarified the “due diligence” test applicable under subsection 227.1(3). Robertson J.A. held that the test is hybrid “objective-subjective” in nature. Thus, in deciding whether a director has “exercised the degree of care, diligence and skill to prevent the failure that a reasonably prudent person would have shown in comparable circumstances”, the court must take into account the characteristics of the directors whose conduct is in question, including their levels of relevant skill, experience and knowledge. The court must then ask whether, if faced with similar circumstances, a reasonably prudent director, with comparable levels of skill, experience and qualifications would have acted in the same way as these directors: paragraph 25. Applying this test, Robertson J.A. said (at paragraph 44):

... inside directors, meaning those involved in the day-to-day management of the company and who influence the conduct of its business affairs, will have the most difficulty in establishing the due diligence defence.

[29] To relate this to the facts of our case, it is clear that the “due diligence” owed by the respondents is at the high end of the spectrum. They were “inside” directors who managed the company, with which they had been associated from its early days, and were very experienced in and knowledgeable about the company's business.

[30] Third, “due diligence” normally requires that, when a director becomes aware, or ought to have become aware, that the company is falling behind with its remittances, he or she should take some positive steps to prevent the default, such as an attempt to increase the company's operating line of credit with

la banque, qui tenait le cordon de la bourse, honorerait en toute probabilité les chèques tirés au profit des fournisseurs essentiels au maintien en activité de l'entreprise, mais ne permettrait pas à cette dernière de désintéresser la Couronne, aussi longtemps à tout le moins, qu'elle pensait que le maintien en activité de la compagnie serait la meilleure protection de ses intérêts de créancière.

[28] En deuxième lieu, l'arrêt *Soper*, précité, clarifie la norme de «diligence raisonnable» applicable au regard du paragraphe 227.1(3), laquelle est, selon le juge Robertson, une «norme objective subjective» mixte. Ainsi donc, pour juger si un administrateur a agi avec «le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables», le juge doit prendre en considération les caractéristiques de l'administrateur en question, y compris son niveau de compétence, d'expérience et de savoir au regard de ses fonctions. Le juge doit ensuite se demander si, dans des circonstances similaires, un administrateur raisonnablement prudent, avec un niveau de compétence, d'expérience et de connaissances comparable, aurait fait de même (paragraphe 25). En appliquant cette norme, le juge Robertson a conclu en ces termes, au paragraphe 44:

[...] les administrateurs internes, c'est-à-dire ceux qui s'occupent de la gestion quotidienne de la société et qui peuvent influencer la conduite de ses affaires, sont ceux qui auront le plus de mal à invoquer la défense de diligence raisonnable.

[29] Par application de cette conclusion aux faits de l'espèce, il est clair que la «diligence raisonnable» à laquelle étaient tenus les défendeurs se situe au haut de l'échelle. Ils étaient des administrateurs «internes» qui dirigeaient la compagnie, à laquelle ils avaient pris part dès les débuts et dont ils connaissaient parfaitement les affaires.

[30] En troisième lieu, la «diligence raisonnable» signifie normalement que dès que l'administrateur sait ou devrait savoir que la compagnie ne peut pas faire les versements en souffrance, il doit prendre des mesures concrètes pour prévenir le défaut, par exemple en essayant d'obtenir un accroissement de la

its bank or to come to an arrangement with the bank that would enable it to make remittances. Directors have also alerted Revenue Canada to the problem and attempted to arrange to make payments by instalments.

[31] It is clear that the directors of Abel did take some positive steps to try to extricate the company from its financial difficulties. In particular, they engaged the services of Mr. Humphreys, who advised them that the company was viable, with or without an injection of new capital, and made efforts, with some success, to find interested investors.

[32] There were also discussions with the bank over the honouring of cheques drawn in favour of Abel's suppliers and employees. While it is unclear from the evidence whether either Mr. Humphreys or the directors discussed with the bank the remittance cheques to Revenue Canada, it was clear to them that the bank would honour such cheques only at its discretion, as indeed it occasionally did.

[33] It is equally clear that the directors were aware that, unless there was an early injection of capital by an investor approved by the bank, or the bank changed its position by regularly honouring the company's cheques to Revenue Canada, Abel was likely to be in default in its remittances for 18 months, the time that Mr. Humphreys had estimated that it would take for Abel to regain its financial footing.

[34] However, whether the directors thereby did enough to exempt themselves from liability for the unremitted source deductions and GST will depend, in part at least, on the fourth principle to be found in the case law: the due diligence required of company directors by subsection 227.1(3) is to prevent the failure to remit. This has been held to mean that, if directors become liable *prima facie* for a company's failure to remit, they normally cannot claim the benefit of subsection 227.1(3) if their efforts were capable only of enabling them to remedy defaults after they had occurred. Accordingly, of the measures taken in

marge de crédit ou de parvenir à un arrangement avec la banque pour être en mesure de verser les sommes dues. Des administrateurs ont aussi porté le problème à l'attention de Revenu Canada et essayé de régler les sommes dues en plusieurs versements.

[31] Il est clair que les administrateurs d'Abel ont effectivement pris des mesures concrètes pour essayer de tirer la compagnie de ses difficultés financières. En particulier, ils ont retenu les services de M. Humphreys, qui leur a dit que la compagnie était viable, avec ou sans injection de capital, et a fait des efforts, plus ou moins réussis, de trouver des investisseurs.

[32] Il y a eu aussi des discussions avec la banque au sujet du paiement des chèques tirés au profit des fournisseurs et des employés d'Abel. Bien que les témoignages produits ne permettent pas de dire si c'était M. Humphreys ou si c'étaient les administrateurs qui faisaient des démarches auprès de la banque au sujet des chèques de versement à Revenu Canada, il était clair à leurs yeux qu'elle ne les honorerait qu'à sa discrétion, ainsi qu'elle l'a fait d'ailleurs à l'occasion.

[33] Il est également clair que ces administrateurs savaient qu'à moins d'injection rapide de capital par un investisseur accepté par la banque, ou à moins que celle-ci ne change d'avis pour honorer les chèques à l'ordre de Revenu Canada, Abel serait probablement en défaut pendant 18 mois pour ce qui était des sommes à remettre, c'est-à-dire le temps que, selon les estimations de M. Humphreys, la compagnie prendrait pour se remettre à flot.

[34] Cependant, que ces administrateurs en aient fait assez ou non pour s'exonérer de la responsabilité tenant au défaut de versement des retenues à la source et de la TPS, cela dépend, du moins en partie, du quatrième principe dégagé par la jurisprudence, savoir que la diligence raisonnable imposée aux administrateurs de société par le paragraphe 227.1(3) consiste à prévenir ce défaut. Il a été jugé que ce principe signifie que si ceux-ci deviennent à première vue responsables du défaut de versement de la compagnie, ils ne peuvent normalement se réclamer du bénéfice du paragraphe 227.1(3) si leurs efforts n'avaient pour

an attempt to rescue Abel, those most relevant to this inquiry are limited to the ones that were logically capable of preventing failures to remit the source deductions and GST when they became due.

[35] This point was made in *Canada v. Corsano*, [1999] 3 F.C. 173 (C.A.), where the Court emphasized (at paragraph 35) that a director's duty is to prevent default, not to condone it in the hope that matters can be rectified subsequently. And, in *Soper, supra*, Robertson J.A. said (at paragraph 48) that the purpose of the subsection

. . . is to prevent failure to make remittances and not to cure default after the fact (though, as a practical matter, the provision should have the latter effect as well).

Similarly, in *Canales v. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2001 (T.C.C.) McArthur T.C.J. (at page 2003) described it as a well-established principle that

. . . the Appellant must demonstrate that a reasonable attempt was made to prevent the failure to deduct and remit and not just an attempt to remedy the situation after the failure.

Most recently, writing for this Court in *Ruffo v. M.N.R.* (2000), 2000 DTC 6317, Létourneau J.A. said (at paragraph 6):

The appellant's duty as a director was to anticipate and prevent the failure to pay the sums owing and not to commit such failure or perpetuate it as he did from March 1992 in the hope that at the end of the day the firm would again become profitable or there would be enough money, even if it were wound up, to pay all the creditors.

[36] In our case, the most important thing done by the directors to prevent Abel's failures to remit was to engage Mr. Humphreys to find new sources of investment for the company: his advice had been that, with the injection of approximately \$350,000, the company could be turned around quickly and he expressed confidence that a suitable investor could be found. In addition, the fact that remittance cheques continued to be prepared by Ms. McKinnon in the hope that the

effet que de les mettre en état de remédier au défaut après coup. Il s'ensuit que des mesures prises en vue de remettre Abel à flot, celles qui comptent le plus pour notre propos se limitent à celles qui étaient logiquement à même de prévenir le défaut de verser, à l'échéance, les retenues à la source et la TPS.

[35] C'est ce qui se dégage de l'arrêt *Canada c. Corsano*, [1999] 3 C.F. 173 (C.A.), où la Cour souligne (au paragraphe 35) que les administrateurs ont l'obligation de prévenir les omissions et non de fermer les yeux dans l'espoir qu'une solution sera trouvée plus tard. D'ailleurs, dans *Soper*, précité, le juge Robertson, J.C.A., fait observer (au paragraphe 48) que l'objet de la disposition en question

[. . .] est de prévenir un manquement et non de réparer un manquement après coup (encore que, en pratique, cette disposition devrait aussi produire cet effet).

De même, dans *Canales c. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2001 (C.C.I.), le juge McArthur de la Cour canadienne de l'impôt, rappelle en page 2003 que selon un principe bien établi,

[. . .] l'appellant doit démontrer qu'une tentative raisonnable a été faite pour prévenir le manquement à l'obligation d'effectuer les retenues et de les remettre et que l'on n'a pas tout simplement tenté de redresser la situation après coup.

Tout récemment, dans *Ruffo c. M.N.R.* (2000), 2000 DTC 6317, le juge Létourneau, J.C.A., prononçant le jugement de la Cour, a dit (paragraphe 6):

L'obligation de l'appellant en tant qu'administrateur était de prévenir et d'empêcher l'omission de payer les sommes dues et non de la commettre ou de la perpétuer comme il l'a fait à compter de mars 1992 dans l'espoir qu'en fin de compte l'entreprise renouerait avec la rentabilité ou qu'il y aurait assez d'argent, même en cas de liquidation, pour payer tous les créanciers.

[36] En l'espèce, la mesure la plus importante qu'aient prise les administrateurs pour prévenir le défaut de versement d'Abel a été de retenir les services de M. Humphreys pour trouver de nouvelles sources financières pour la compagnie: il leur avait dit qu'avec une injection de quelque 350 000 \$, celle-ci pourrait se remettre rapidement à flot et il était convaincu qu'un investisseur convenable pourrait être trouvé. En outre, le fait que M^{me} McKinnon continuait

bank would honour them can also be considered a potentially preventative measure. The directors did not continue simply to operate the business on the basis of an assurance that the company was sufficiently robust to enable them wait 18 months to take advantage of an anticipated economic recovery.

[37] Fifth, directors incur no personal liability under subsection 227.1(1), and therefore do not need to invoke subsection 227.1(3), if at any time the company's debt to Revenue Canada, including interest and late payment penalties, is discharged. This is because subsection 227.1(2) qualifies subsection 227.1(1) by providing, in effect, that a director is liable to pay to the Crown the amounts not remitted by the company only after all efforts to collect have been exhausted.

[38] Thus, in this case, while Abel had failed to remit the employee portions of the payroll deductions, these amounts were subsequently paid to Revenue Canada by Abel's trustee in bankruptcy. Accordingly, the directors were never vicariously liable under subsection 227.1(1) to pay them.

[39] Sixth, a director who has lost legal control over the company, on the appointment of a receiver-manager for instance, is not liable to Revenue Canada for company debts that are incurred subsequently. Some cases have extended this principle to situations where directors have lost *de facto* control over the company's finances to another, typically its bank. Non-liability in these situations has been explained both on the ground that the charging provision, subsection 227.1(1), assumes that the directors were able freely to choose whether the company remitted its payroll deductions, and because directors who lacked the necessary control over the company's finances could not be said to have failed to show "due diligence".

à préparer les chèques de versement dans l'espoir que la banque les honorerait, peut aussi être considéré comme une mesure potentiellement préventive. Ces administrateurs n'ont pas continué à exploiter l'entreprise sur la seule foi d'une assurance que la compagnie était suffisamment solide pour leur permettre d'attendre 18 mois et de tirer profit de la reprise économique prévue.

[37] En cinquième lieu, les administrateurs n'encourent aucune responsabilité personnelle par application du paragraphe 227.1(1) et n'ont donc pas besoin d'invoquer le paragraphe 227.1(3) si à un moment donné, la dette de la compagnie envers Revenu Canada, y compris intérêts et pénalités pour retard de paiement, est acquittée. Il en est ainsi parce que le paragraphe 227.1(2) tempère le paragraphe 227.1(1) en prévoyant en effet qu'un administrateur n'est tenu de verser à Revenu Canada les sommes en souffrance qu'après que tous les efforts de recouvrement ont été épuisés.

[38] Il en est ainsi en l'espèce: il est vrai qu'Abel n'avait pas versé les retenues sur salaires au titre des cotisations d'employé, mais ces sommes ont été versées par la suite à Revenu Canada par son syndic de faillite. En conséquence, les administrateurs n'ont jamais été indirectement responsables de leur paiement sous le régime du paragraphe 227.1(1).

[39] En sixième lieu, l'administrateur qui a perdu juridiquement le contrôle de la compagnie, à la nomination d'un séquestre-gérant par exemple, n'est pas tenu envers Revenu Canada des dettes contractées par la suite. La jurisprudence a parfois étendu ce principe aux cas où les administrateurs ont perdu le contrôle de fait des finances de la compagnie aux mains d'un autre, en particulier de la banque. L'exonération dans ces cas a été expliquée à la fois par la raison que la disposition portant assujettissement à l'impôt, savoir le paragraphe 227.1(1), suppose que les administrateurs ont tout loisir de décider si la compagnie verse les retenues à la source, et pour la raison qu'on ne saurait dire que les administrateurs qui n'ont pas le contrôle nécessaire des finances de la compagnie, n'ont pas fait preuve de «diligence raisonnable».

(ii) the case law

[40] A number of cases have been decided on the basis of facts that fall broadly within the pattern presented by the instant case. While the facts of no two cases are ever identical, the decisions can be divided into two categories: those that favour the Crown, and those that favour the directors. I first examine those relied on by the appellant, the Crown.

[41] In *Deschênes v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [1989] T.C.J. No. 800 (QL) the taxpayer wished to keep the business going despite its financial problems and negotiated an agreement with the bank that enabled it to pay the employees' wages, but did not also ask it to honour cheques drawn for source deductions. The company was in default in making its remittances and went into bankruptcy.

[42] In response to the taxpayer's argument that, in the circumstances, there was nothing else that he could reasonably have done to prevent the failures to remit, Lamarre Proulx T.C.J. said:

. . . the testimony of the appellant himself, cited above, indicates that it was he who deliberately chose not to pay the income tax and unemployment insurance deductions. That was a risk the appellant took. It was a risk taken in difficult circumstances, certainly; but it was still a deliberate choice which remained unchanged for a period of several weeks, and was contrary to the duty of the director of a corporation to act with care, diligence and skill in remitting source deductions from employee salaries.

[43] I should note that, unlike in our case, there was apparently no evidence in *Deschênes, supra*, that the bank had indicated that it would not necessarily honour cheques drawn in favour of Revenue Canada by Mr. Deschênes' company. In addition, the Judge seems to have been influenced by the fact that, as an endorsee of two bank loans, the taxpayer hoped that, by keeping the business going, he would avoid being called upon to honour the endorsements. Finally, there was no finding of the reasonableness, or otherwise, from a business standpoint of the taxpayer's continu-

(ii) la jurisprudence

[40] Il y a eu divers jugements sur des faits qui s'apparentent à ceux de la cause en instance. Bien que les faits ne soient jamais identiques d'une cause à l'autre, ces décisions peuvent être divisées en deux catégories: celles qui favorisent la Couronne et celles qui favorisent les administrateurs. J'examinerai en premier lieu les décisions invoquées par la Couronne, appelante en l'espèce.

[41] Dans *Deschênes c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, [1989] A.C.I. n° 800 (QL), le contribuable souhaitait maintenir l'entreprise en activité malgré ses difficultés financières et a négocié avec sa banque un accord qui lui permettait de payer les salaires des employés, mais ne lui a pas demandé d'honorer les chèques de versement des retenues à la source. La compagnie était en défaut de paiement à cet égard et a fait faillite.

[42] En réponse à l'argument proposé par le contribuable que dans les circonstances de la cause, il n'y avait rien d'autre qu'il eût raisonnablement pu faire pour prévenir le défaut de versement, M^{me} le juge Lamarre Proulx de la Cour canadienne de l'impôt a fait l'observation suivante:

[. . .] au témoignage même de l'appellant, déjà cité, c'est ce dernier qui a volontairement choisi de ne pas payer les retenues d'impôt et d'assurance-chômage. C'était un risque que l'appellant prenait. Un risque pris dans des circonstances difficiles, sans aucun doute. Mais tout de même un choix délibéré qui s'est continué sur une période de quelques semaines et qui va à l'encontre du devoir de l'administrateur d'une corporation d'agir avec soin, diligence et habileté dans la remise des sommes retenues à la source sur le traitement des employés.

[43] Il y a lieu de noter qu'à la différence de l'affaire en instance, il n'y avait dans l'affaire *Deschênes*, précitée, aucune preuve que la banque eût fait savoir qu'elle n'honorait pas nécessairement les chèques tirés par la compagnie de l'appellant à l'ordre de Revenu Canada. En outre, M^{me} le juge Lamarre Proulx semble avoir été influencée par le fait qu'étant l'endorseur de deux prêts bancaires, le contribuable espérait qu'en maintenant l'entreprise en activité, la banque n'exigerait pas qu'il honore les endossements. Enfin, il n'y avait dans cette décision aucune conclu-

ing to operate the company in the hope of turning its fortunes around.

[44] The Crown also relies on *Hamel (M.) v. M.N.R.*, [1992] 1 C.T.C. 2308 (T.C.C.), where the facts are closer to those of our case and the cases relied on in the Tax Court were expressly considered. The Judge in *Hamel, supra*, concluded that, having made a conscious decision to continue in business, rather than to cease operating, the directors had not demonstrated “due diligence” and consequently remained vicariously liable for the company’s failures to remit, even though there was nothing else that they could have done to prevent them.

[45] The evidence was that, as the company got into financial difficulty, the bank closely supervised its operations and from February to June, when the company ceased operating, the bank increased its credit to enable the company to pay its employees and essential suppliers. However, the bank refused to honour cheques for the source deductions; the directors had discussed this topic with the bank, although no arrangement was ever made with respect to the remittances. Nor, the Judge found, did the directors speak with Revenue Canada about their problem.

[46] The Judge concluded (at page 2313) as follows:

If one agrees to continue operating a business despite the financial difficulties it is experiencing, and if one accepts to pay employees and suppliers, one must also accept to discharge one’s income tax obligations. One must be able to show, if not positive steps, at least concrete facts which may explain one’s inaction during such a long period of time. The decision made jointly with the bank to continue operating for several months when the animals could have been sold earlier implies that the parties had some hope of deriving some benefit from it eventually, if only by limiting their losses. Such a decision, however, implies a responsibility to ensure that the business was not being financed out of what was owed to the government.

I should note that no finding was made about the business prudence of the directors’ decision, made

sion sur le bien-fondé ou non, du point de vue commercial, de la continuation par le contribuable de l’exploitation de la compagnie dans l’espoir d’un retournement de la situation.

[44] La Couronne cite encore *Hamel (M.) c. M.N.R.*, [1992] 1 C.T.C. 2308 (C.C.I.), dont les faits se rapprochent davantage de l’affaire en instance et où la jurisprudence invoquée devant la Cour de l’impôt a été expressément examinée. Il y a été jugé qu’ayant sciemment décidé de continuer à exploiter l’entreprise au lieu de la fermer, les administrateurs n’avaient pas fait preuve de «diligence raisonnable» et, par suite, demeuraient indirectement responsables du défaut de versement de la compagnie, bien qu’il n’y eût rien d’autre qu’ils eussent pu faire pour le prévenir.

[45] Il ressortait des preuves et témoignages produits que par suite des difficultés financières de la compagnie, la banque avait surveillé de près ses activités et, de février à juin, date à laquelle la compagnie cessa d’exister, elle avait augmenté sa marge de crédit pour lui permettre de payer ses employés et ses fournisseurs de biens essentiels. Elle refusait cependant d’honorer les chèques de versement des retenues à la source; les administrateurs avaient discuté de cette question avec elle, mais aucun arrangement n’a jamais été conclu à ce sujet. Le juge constatait aussi qu’ils n’en avaient pas parlé non plus à Revenu Canada.

[46] Le juge a conclu en ces termes, page 2313:

Si on accepte de poursuivre l’exploitation d’une entreprise malgré les difficultés financières qu’elle rencontre, si on accepte de payer les employés et les fournisseurs, il faut aussi accepter d’acquitter ses obligations envers le fisc. Il faut pouvoir faire état, sinon de démarches positives, du moins de faits concrets pouvant expliquer l’inaction durant une aussi longue période. La décision prise de concert avec la banque de continuer à poursuivre les opérations plusieurs mois alors que les animaux pourraient être vendus avant, laisse supposer que les intéressés avaient l’espoir d’en tirer un avantage éventuel, ne serait-ce que celui de limiter leurs pertes. Une telle décision emporte cependant la responsabilité de voir à ce que l’entreprise ne se finance pas à même ce qui est dû au gouvernement.

Il faut noter qu’aucune conclusion n’a été tirée sur la prudence, du point de vue commercial, de la décision

jointly with the bank, to continue to operate the company.

[47] I turn now to the principal cases relied on by the directors, starting with the earliest, *Fancy v. M.N.R.* (1988), 71 C.B.R. (N.S.) 29 (T.C.C.), which concerned the liability of husband and wife directors of an excavating company that had failed to remit source deductions. When the company ran into financial difficulties its banker monitored all its cheques and refused to authorize a deduction remittance cheque, a fact of which Ms. Fancy notified Revenue Canada as soon as she became aware of it.

[48] From the company's beginning, the bank had financed its operation, securing its loans by a general assignment of the company's accounts receivable. Hence, *Couture C.J.T.C.C.* held (at page 34), the bank had always been "in effective control of the company's cash flow" and "in a position to dominate the finances of the company and to dictate its fate." The Judge concluded that the taxpayers had shown the degree of care and skill required to bring them within subsection 227.1(3) in view of: the encumbrance that the directors had placed on the company's receivables; their attempts to raise additional capital to see the company through its difficulties; and their hope that the bank would allow the company to meet its obligations to Revenue Canada. They were, he said (at page 35), "victims of circumstances over which they had no effective control."

[49] *Couture C.J.T.C.C.* rejected the argument that, when they became aware of the seriousness of the company's financial difficulties, the taxpayers should have ceased its operations, on the ground that such a proposition "[d]oes not reflect the true intent of the legislation." His reason for so concluding was that the liability created by subsection 227.1(1) was not absolute and if, through their personal conduct in connection with the company's failure to remit, the directors had exercised the degree of care, diligence and skill required to satisfy subsection 227.1(3), they were exempted from liability.

prise par les administrateurs de concert avec la banque, de poursuivre l'exploitation de l'entreprise.

[47] Je passe maintenant aux principaux précédents invoqués par les administrateurs en l'espèce, en commençant par le plus ancien, *Fancy c. M.R.N.* (1988), 71 C.B.R. (N.S.) 29 (C.C.I.), au sujet de la responsabilité des deux administrateurs, qui étaient mari et femme, d'une entreprise d'excavation en défaut de versement des retenues sur salaires. Une fois que la compagnie eut connu des difficultés financières, la banque a surveillé tous ses chèques et a refusé d'autoriser un chèque de versement des retenues à la source, ce dont M^{me} Fancy a informé Revenu Canada dès qu'elle fut au courant.

[48] Depuis les débuts de la compagnie, la banque en avait financé l'exploitation, obtenant en garantie de ses prêts une cession générale des comptes clients. Le juge en chef *Couture* de la Cour canadienne de l'impôt en a conclu (page 34) qu'elle avait toujours «[contrôlé] effectivement la marge brute d'autofinancement de la société» et était «en mesure de dominer les finances de la société et de lui dicter son sort». Il a aussi conclu que les contribuables justifiaient du degré de soin et d'habileté nécessaire pour s'assurer le bénéfice du paragraphe 227.1(3), étant donné la cession consentie par eux des comptes clients de l'entreprise, leurs efforts pour trouver d'autres fonds afin de la maintenir à flot durant la période de difficultés, et leur espoir que la banque permettrait à celle-ci de s'acquitter de ses obligations envers Revenu Canada. Ils étaient, dit-il (page 35), «victimes des circonstances sur lesquelles ils n'avaient aucun pouvoir réel».

[49] Le juge en chef *Couture* a rejeté l'argument qu'une fois informés de la gravité des difficultés financières de la compagnie, les contribuables auraient dû la fermer, pour le motif que pareil argument «ne reflète pas l'intention véritable de la Loi», car la responsabilité prévue au paragraphe 227.1(1) n'était pas absolue et, si leur conduite personnelle dans le défaut de versement de leur compagnie montrait qu'ils avaient agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté nécessaire pour satisfaire à l'impératif du paragraphe 227.1(3), ils étaient exonérés.

[50] Couture C.J.T.C.C. appears to have approached subsection 227.1(3) by asking whether the taxpayers had, in a broad sense, acted honestly and responsibly when faced with a difficult situation, and when the assignment to the bank of their accounts receivable had further restricted their ability to remit source deductions. On the facts, his conclusion that they were not liable is hardly surprising. However, in my opinion the Judge's analysis is open to question in that there was little evidence of any concrete steps taken by the directors to prevent the defaults that were clearly foreseeable if the business were continued.

[51] *Robitaille v. Canada, supra*, is the other case that is regularly cited in support of a broad approach to the exemption from liability under subsection 227.1(1) when taxpayers' ability to remit source deductions has been curtailed by the *de facto* control exercised over the company's finances by its banker. However, the facts of that case were so out of the ordinary that, in my opinion, the decision sheds little light on the application of the statutory exemption of directors from liability in more familiar commercial contexts, such as that of the case under appeal.

[52] Mrs. Robitaille was the wife of one of the principals of the company and had been made a director only to comply with a statutory requirement that a federally incorporated company had to have at least three directors. She had played no active role in the company, and learned of its financial difficulties, including its failure to remit source deductions to Revenue Canada, only after the bank had assumed *de facto* control of its affairs. In any event, Addy J. concluded (at pages 319-320), even if she had been informed of the situation earlier, "she could not have done anything about it." Further, such was the control exercised by the bank over the affairs of the company, partly as a result of the assignment of its inventory to the bank, that Revenue Canada dealt with the bank, not with the company directors, over the remittances and the continuation of the business.

[50] Il appert que, dans son interprétation et application du paragraphe 227.1(3), le juge en chef Couture a examiné si les contribuables en question avaient, dans un sens large, agi de façon honnête et responsable face à une situation difficile, et après que la cession à la banque de leurs comptes clients eut réduit davantage leur aptitude à verser les retenues à la source. Sa conclusion qu'ils n'étaient pas responsables n'est guère surprenante à la lumière des faits de la cause. J'estime cependant que son analyse est discutable en ce qu'il n'y avait guère de preuve de mesures concrètes prises par ces administrateurs pour prévenir le défaut, lequel était parfaitement prévisible en cas de maintien en activité de l'entreprise.

[51] *Robitaille c. Canada, supra*, est aussi un précédent régulièrement cité à l'appui d'une interprétation libérale de l'exonération de la responsabilité au regard du paragraphe 227.1(1) dans le cas où l'aptitude des contribuables à verser les retenues à la source a été limitée par le contrôle de fait exercé par la banque sur les finances de la compagnie. Cependant, les faits de la cause étaient si exceptionnels qu'à mon avis, cette décision ne nous éclaire guère sur l'application de l'exonération légale des administrateurs dans des contextes commerciaux plus usuels, comme c'est le cas en l'espèce.

[52] M^{me} Robitaille, qui était l'épouse de l'un des propriétaires de la compagnie, avait été nommée administratrice juste pour satisfaire à l'impératif légal que toute société constituée sous le régime des lois fédérales eût au moins trois administrateurs. Elle n'avait joué aucun rôle actif dans la compagnie, et n'avait été informée de ses difficultés financières, y compris le défaut de verser à Revenu Canada les retenues à la source, qu'après que la banque eut assumé le contrôle de fait de la compagnie. Quoi qu'il en soit, le juge Addy a conclu (aux pages 319 et 320) que quand bien même elle aurait été mise au courant plus tôt, «elle n'aurait rien pu faire à cet égard». En outre, le contrôle exercé par la banque sur les activités de la compagnie, en partie à cause de la cession des stocks que lui avait consentie cette dernière, était tel que Revenu Canada traitait avec la banque, et non avec les administrateurs, pour ce qui était du versement des sommes dues et du maintien de l'entreprise en activité.

[53] In these circumstances, it is hardly surprising that the Court exempted the taxpayer from personal liability for the company's failures to remit. However, despite some broad statements by Addy J., in my opinion this case cannot be regarded as authority for the general proposition that once a bank exercises control over the cheques written by a company, the directors are not vicariously liable for source deductions not remitted to Revenue Canada.

[54] *Robitaille, supra*, was followed in *Champeval (J.-P.) v. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2385 (T.C.C.); aff'd [1999] 2 C.T.C. 327 (F.C.T.D.), where the company had also made a general assignment of its receivables to the bank, which thus had absolute control over incoming funds and decided which of the cheques drawn by the company it would honour. In concluding that the appellant was not liable because the bank's total control over the company prevented liability from arising under subsection 227.1(1), the Judge also took into account the efforts that the taxpayer had made to come to an arrangement with Revenue Canada on the remittances.

[55] Finally, it remains to consider the recent decision of MacKay J. in *Clarke v. R.*, [2000] 2 C.T.C. 431 (F.C.T.D.). In that case, the directors were held not liable for remittances due after the appointment of a receiver-manager, who assumed the legal powers of the directors, or for those that had become due earlier when the bank had put the company into "soft receivership". In contrast, the directors were found liable for source deductions that should have been remitted during the month when, concerned about the financial state of the company and its ability to recover its loan, the bank had appointed a firm of accountants to monitor the company and to report to the bank on the company's financial status and prospects. In the same month, a cheque written by the company to the Receiver General of Canada was dishonoured by the bank for insufficient funds.

[56] MacKay J. found (at paragraph 7) that, while the company was in "soft receivership", the firm of

[53] Dans ces conditions, il n'est guère étonnant que la Cour ait exonéré cette contribuable de la responsabilité personnelle quant au défaut de versement de la compagnie. J'estime cependant que malgré certaines conclusions générales du juge Addy, cette cause ne peut être considérée comme posant pour principe général qu'une fois que la banque contrôle les chèques tirés par la compagnie, les administrateurs de cette dernière ne sont plus indirectement responsables du défaut de versement à Revenu Canada des retenues à la source.

[54] Le précédent *Robitaille* susmentionné a été suivi dans *Champeval (J.-P.) c. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 2385 (C.C.I.); conf. par [1999] 2 C.T.C. 327 (C.F. 1^{re} inst.), la compagnie avait aussi fait une cession générale de ses comptes clients à la banque, laquelle exerçait ainsi un contrôle absolu sur les rentrées de fonds et décidait quels chèques tirés par la compagnie elle honorerait. Concluant que le contribuable n'était pas responsable, pour le motif que le contrôle absolu exercé par la banque sur la compagnie excluait la responsabilité prévue au paragraphe 227.1(1), le juge a aussi pris en compte les efforts qu'avait faits ce contribuable pour parvenir à un arrangement avec Revenu Canada au sujet des versements à faire.

[55] Le dernier précédent cité est la décision rendue par le juge MacKay dans *Clarke c. R.*, [2000] 2 C.T.C. 431 (C.F. 1^{re} inst.), qui a conclu que les administrateurs n'étaient pas responsables des sommes dues après la désignation d'un séquestre-gérant, qui assumait leurs pouvoirs légaux, ou des sommes dues plus tôt, après que la banque eut mis la compagnie «sous séquestre mitigé». Par contre, ils ont été jugés responsables des retenues à la source qui auraient dû être versées durant le mois où, inquiète de la situation financière de la compagnie et de ses propres chances de recouvrer son prêt, la banque avait retenu les services d'un cabinet de comptables pour suivre de près la compagnie et lui rendre compte de l'état et des perspectives financières de cette dernière. Le même mois, un chèque tiré par la compagnie au profit du receveur général du Canada fut rejeté par la banque pour défaut de provision.

[56] Le juge MacKay a conclu (paragraphe 7) que pendant que la compagnie était «sous séquestre

chartered accountants appointed by the bank for this purpose

. . . was to have the final say in all operations, including accounts receivable, sale of inventory and of equipment, contracts, purchases, payables and payments, personnel, changes in and forecasting of operations.

In addition, the company's chequebook was taken into the custody of the "soft receiver" and the bank exercised ultimate authority over the cheques that it would honour.

[57] MacKay J. held that, since the directors had no control in fact over the company, liability under subsection 227.1(1) was accordingly never engaged. He quoted with approval the following words of Addy J. in *Robitaille*, *supra* (at page 318):

The exercise of freedom of choice on the part of the director is essential in order to establish personal liability.

(iii) conclusions

1. Subsection 227.1(1): a requirement of control?

[58] With all respect to those who have taken a different view, in my opinion it is inappropriate to import into subsection 227.1(1) a requirement that it is only engaged if the directors have *de facto* control over the financial operation of the company, particularly the payment of its bills.

[59] First, these words are not contained in the statute, and courts should normally not add words to those in the statutory text approved by Parliament.

[60] Second, the due diligence exemption in subsection 227.1(3) will prove broad enough to provide a defence to directors who have acted with propriety in attempting to prevent defaults by their company. It is therefore unnecessary to read the notion of control into subsection (1) in order to ensure that directors are not saddled with liability when their conduct to prevent the company's failure to remit satisfied the

mitigé», le cabinet de comptables nommé par la banque à cet effet était chargé

[. . .] de trancher toutes les questions concernant l'exploitation, y compris les comptes clients, la vente des stocks et du matériel, les contrats, les achats, les comptes fournisseurs et les paiements, le personnel ainsi que les changements et les prévisions touchant l'exploitation.

En outre, le séquestre a pris possession du chéquier de la compagnie et la banque avait le dernier mot quant aux chèques qu'elle honorerait.

[57] Le juge MacKay a conclu que, puisque les administrateurs n'avaient pas dans les faits le contrôle de la compagnie, il n'y avait pas de leur part responsabilité au sens du paragraphe 227.1(1). Il a cité avec approbation cette conclusion tirée par le juge Addy dans la décision *Robitaille* susmentionnée (page 318):

La responsabilité personnelle de l'administrateur ne saurait être engagée que s'il jouit d'une pleine et entière liberté de choix.

(iii) conclusions

1. Le contrôle est-il un critère d'application du paragraphe 227.1(1)?

[58] Sauf le respect que je dois à tous ceux qui sont d'avis contraire, j'estime qu'il ne faut pas interpréter le paragraphe 227.1(1) comme signifiant qu'il ne s'applique que si les administrateurs ont dans les faits le contrôle des opérations financières de la compagnie, en particulier du règlement de ses obligations.

[59] En premier lieu, pareils termes ne figurent pas dans le texte de loi, et le juge ne doit normalement pas ajouter des termes à ceux du texte de loi adopté par le législateur.

[60] En deuxième lieu, l'exonération pour cause de diligence raisonnable que prévoit le paragraphe 227.1(3) est suffisamment générale pour fournir un moyen de défense aux administrateurs qui ont fait ce qu'il faut pour essayer de prévenir le défaut de versement de leur compagnie. Il est donc inutile d'insérer la notion de contrôle dans le paragraphe (1) afin que la responsabilité des administrateurs ne soit pas

standard of the care that a reasonable person would have exercised in comparable circumstances to prevent the defaults.

[61] Moreover, “control” is not a monolithic concept and it will inevitably be difficult to determine whether, in a given case, the directors retained sufficient “control” to trigger subsection (1). The situation is different on the appointment of a receiver whose legal powers supercede those of the directors who, in a functional sense, cease to be directors and thus fall outside the ambit of subsection 227.1(1): see, for example, *Drover v. Canada* (1998), 161 D.L.R. (4th) 518 (F.C.A), at paragraph 4.

[62] Third, if the concept of “control” extends to a *de facto* inability to take measures to ensure that remittances are paid when they fall due because the company’s bank will not honour cheques in favour of Revenue Canada, then a director would not become liable under subsection 227.1(1), regardless of whether it was reasonable to keep the business going, and of the length of time that it was operated without making remittances when legally due. The reasonableness of a director’s conduct is only relevant as a defence under subsection 227.1(3) once liability under subsection (1) has been engaged.

[63] Therefore, in my respectful view, the decision of McArthur T.C.J. that the directors of Abel were not liable for the unremitted source deductions and GST cannot be supported on the ground that subsection 227.1(1) was not triggered because the bank’s insistence that it approve any cheques written by the company deprived the taxpayers of control of the company’s finances.

engagée dans le cas où ce qu’ils font pour prévenir le défaut de versement de la compagnie satisfait à la norme de diligence, telle qu’une personne raisonnable l’aurait observée dans des circonstances comparables pour prévenir le défaut.

[61] D’ailleurs, «contrôle» n’est pas un concept monolithique et il sera inévitablement difficile de décider si, dans un cas donné, les administrateurs ont conservé suffisamment de «contrôle» pour que le paragraphe (1) entre en jeu. Il en est tout autrement en cas de nomination d’un séquestre dont les pouvoirs supplantent ceux des administrateurs, lesquels cessent, du point de vue fonctionnel, d’être des administrateurs et échappent ainsi au champ d’application du paragraphe 227.1(1); voir par exemple *Drover c. Canada* (1998), 161 D.L.R. (4th) 518 (C.A.F.), au paragraphe 4.

[62] En troisième lieu, si le concept de «contrôle» s’étend à l’incapacité dans les faits à prendre des mesures pour s’assurer que les sommes dues sont versées à l’échéance, parce que la banque n’honore pas les chèques à l’ordre de Revenu Canada, cela signifie que l’administrateur concerné ne sera pas responsable par application du paragraphe 227.1(1), peu importe qu’il soit raisonnable ou non de maintenir l’entreprise en activité, et peu importe le temps pendant lequel elle reste en activité sans verser les sommes dues à l’échéance. Que les faits et gestes de l’administrateur soient raisonnables ou non n’a d’importance à titre de moyen de défense au regard du paragraphe 227.1(3) qu’une fois que cet administrateur est tenu pour responsable par application du paragraphe 227.1(1).

[63] Par conséquent, avec égards, la conclusion tirée par le juge McArthur de la Cour canadienne de l’impôt que les administrateurs en l’espèce n’étaient pas responsables du défaut de versement des retenues à la source et de la TPS, ne peut se fonder sur la conclusion que le paragraphe 227.1(1) n’entraîne pas en jeu parce que l’insistance mise par la banque à approuver les chèques tirés par la compagnie privait les contribuables du contrôle des finances de cette dernière.

2. Subsection 227.1(3): the due diligence defence

[64] McArthur T.C.J. acknowledged that, prior to October 18, 1993, when the bank dishonoured a cheque payable to Revenue Canada, the directors could have closed the business. However, he concluded that, in following Mr. Humphreys' advice to keep the business going, the directors acted with "due diligence". I should also note that on October 25, 1993 BDO Dunwoody had submitted a report to the bank, with a copy to Abel, in which it recommended that the business not be closed down because closure would probably result in a loss of between 80-90% of the value of Abel's \$2 million worth of receivables arising from its construction contracts.

[65] In my view, the question is whether, throughout the whole period of the defaults, starting from September 1993 and ending in April 1994, the directors exercised the degree of care, diligence and skill of the reasonably prudent person in comparable circumstances to prevent the company's failures to remit the source deductions and GST.

[66] I accept that the directors of Abel are not personally liable for the amounts due prior to the dishonouring of the remittance cheque on October 18, 1993. Admittedly, the directors were well aware of the financial difficulties of the company, especially as a result of the refusal of bonding in the summer of 1993. They also knew that the bank had expressed its concerns after seeing the financial statement for April 1993, had moved Abel's account from the local branch to a department that handled troubled accounts and had dishonoured a remittance cheque at the end of September.

[67] However, a few days before the second cheque was dishonoured on October 18, there had been a meeting of the bank officers handling the Abel file, Mr. Humphreys and two of the directors of the company. As a result of the discussions at this meeting, the directors believed that the bank was satisfied with the way in which the company was dealing with its problems. Nonetheless, the bank did not warn Abel

2. Le moyen de défense de la diligence raisonnable au regard du paragraphe 227.1(3)

[64] Le juge McArthur de la Cour canadienne de l'impôt a pris acte qu'avant le 18 octobre 1993, date à laquelle la banque rejeta un chèque à l'ordre de Revenu Canada, les administrateurs auraient pu fermer l'entreprise. Il a cependant conclu que, se rangeant à l'avis de M. Humphreys qui leur conseillait de maintenir l'entreprise en activité, ils ont agi avec «diligence raisonnable». Il y a lieu de noter aussi que le 25 octobre 1993, BDO Dunwoody a soumis à la banque, avec copie à Abel, un rapport dans lequel elle recommandait de ne pas fermer l'entreprise, car la fermeture se traduirait par une perte de l'ordre de 80 à 90 p. 100 sur les 2 millions de dollars de comptes clients résultant des contrats de construction d'Abel.

[65] La question qui se pose est de savoir si tout au long de la période des défauts de versement, de septembre 1993 à avril 1994, les administrateurs ont agi avec le même degré de soin, de diligence et d'habileté qu'une personne raisonnablement prudente dans des circonstances comparables, pour prévenir le défaut par la compagnie de verser les retenues à la source et la TPS.

[66] J'accepte que les administrateurs d'Abel ne soient pas personnellement responsables des sommes dues avant le rejet, le 18 octobre 1993, du chèque de versement. Il est admis qu'ils avaient pleinement conscience des difficultés financières de la compagnie, en particulier après le refus de cautionnement de l'été 1993. Ils savaient aussi que la banque avait exprimé des inquiétudes après avoir examiné l'état financier d'avril 1993, qu'elle avait transféré le compte d'Abel d'une agence locale à un service chargé des comptes douteux, et qu'elle avait rejeté un chèque de versement fin septembre.

[67] Cependant, quelques jours avant que le second chèque ne fût rejeté le 18 octobre, il y avait eu une rencontre entre des représentants de la banque chargés du dossier d'Abel, M. Humphreys et deux des administrateurs de la compagnie. Les administrateurs en ont recueilli l'impression que la banque était satisfaite de la façon dont la compagnie s'occupait de ses problèmes. Qui plus est, la banque n'avait pas averti Abel

that it proposed to dishonour its cheques and, prior to the dishonouring of the cheque in October, it had not started to reduce the line of credit. It is also significant in this context that in the past Abel had always paid its bills.

[68] Consequently, the focus of this appeal should be on the conduct of the directors after October 18, 1993 when the bank dishonoured the second remittance cheque, and whether they exercised the requisite care, diligence and skill to prevent the company's subsequent failures to remit which they knew were likely to occur.

[69] Because he based his decision principally on the ground that the bank so controlled Abel's finances that subsection 227.1(1) was never engaged, the Tax Court Judge dealt relatively briefly with the due diligence defence. However, he did say that, in light of the advice that they had received from Mr. Humphreys and the efforts that he was making to find a new investor, the support that they apparently received from the bank, the cyclical nature of the construction industry, the history of the company and their duty to the employees, the taxpayers "took a common sense approach" in deciding not to close the business. However, it is not altogether clear from the reasons for judgment whether the Judge considered the possibility that the directors should have closed the business after October 18, 1993.

[70] In my opinion, it is essential to keep in mind the relevant question in this appeal: did the directors exercise due diligence to prevent the company's failure to remit? This is not necessarily the same as asking whether it was reasonable from a business point of view for the directors to continue to operate the business. In order to avail themselves of the defence provided by subsection 227.1(3) directors must normally have taken positive steps which, if successful, could have prevented the company's failure to remit from occurring. The question then is whether what the directors did to prevent the failure meets the standard of the care, diligence and skill that would

qu'elle se proposait de rejeter ses chèques et, avant de rejeter le chèque en octobre, elle n'avait pas réduit la marge de crédit de la compagnie. Il convient aussi de noter que par le passé, Abel avait toujours acquitté ses factures.

[68] En conséquence, cet appel doit être centré sur ce qu'ont fait les administrateurs d'Abel après le 18 octobre 1993, date à laquelle la banque rejeta le second chèque de versement, savoir s'ils ont exercé le degré requis de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir les défauts subséquents de la compagnie, dont ils savaient qu'ils se produiraient en toute probabilité.

[69] Ayant fondé sa décision principalement sur ce motif que la banque exerçait un tel contrôle sur les finances d'Abel que le paragraphe 227.1(1) n'avait jamais été en jeu, le juge de la Cour canadienne de l'impôt ne s'est penché qu'assez brièvement sur le moyen de défense de la diligence raisonnable. Il a cependant bien constaté qu'à la lumière du conseil qu'ils avaient reçu de M. Humphreys et des efforts faits par celui-ci pour trouver un nouvel investisseur, à la lumière du crédit que leur accordait manifestement la banque, à la lumière de la nature cyclique du secteur du bâtiment, des antécédents de la compagnie et de leur obligation envers leurs employés, les contribuables «ont adopté une approche fondée sur le bon sens» en décidant de ne pas fermer l'entreprise. Par contre, il n'est pas tout à fait clair à la lecture des motifs de sa décision s'il a examiné la question de savoir si ces administrateurs auraient dû mettre fin à l'entreprise après le 18 octobre 1993.

[70] J'estime qu'il est essentiel de ne pas perdre de vue la question qui est au cœur du présent appel, savoir si les administrateurs en l'espèce ont exercé la diligence raisonnable requise pour prévenir le défaut de versement de la compagnie. Il ne s'agit pas nécessairement de la même chose que de se demander s'il était raisonnable de leur part, du point de vue commercial, de continuer à exploiter l'entreprise. Pour être en mesure d'invoquer le moyen de défense tiré du paragraphe 227.1(3), il faut normalement qu'ils aient pris des mesures positives qui, si elles aboutissaient, auraient pu prévenir le défaut de versement. Il faut donc examiner si ce qu'ont fait ces administrateurs

have been exercised by a reasonably prudent person in comparable circumstances.

[71] It will normally not be sufficient for the directors simply to have carried on the business, knowing that a failure to remit was likely but hoping that the company's fortunes would revive with an upturn in the economy or in their market position. In such circumstances directors will generally be held to have assumed the risk that the company will subsequently be able to make its remittances. Taxpayers are not required involuntarily to underwrite this risk, no matter how reasonable it may have been from a business perspective for the directors to have continued the business without doing anything to prevent future failures to remit.

[72] This point was recently made in *Ruffo v. R.*, [1998] 2 C.T.C. 2203 (T.C.C.), affirmed by this Court on April 13, 2000 (2000), 2000 DTC 6317, where Lamarre Proulx T.C.J. stated (at paragraph 20):

I am of the opinion that the case law of the Court is consistent on the diligence that the director of a corporation must show to avoid the liability prescribed in subsection 227.1(3) of the *Act*. It is the diligence that is concerned with preventing the failure that can, in many instances, differ from the diligence that the director must exercise toward the corporation.

[73] She went on to cite with approval the following statements by Rip T.C.J. in *K. Merson v. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 2074 (T.C.C.), where he said (at page 2083):

The prudence required by subsection 227.1(3) in the exercise of care, diligence and skill is different from that required by a director performing his duties, under corporate law, notwithstanding that subsection 227.1(3) and subsection 122(1)(b) of the *Canada Business Corporations Act*, for example, both use identical words. The exercise of care, diligence and skill by the director contemplated by subsection 227.1(3) is not founded on the director's obligations to the corporation; it is based on one of the corporation's obligations under the Act and the failure of the corporation

pour prévenir le défaut satisfait à la norme de soin, de diligence et d'habileté qu'aurait observée une personne raisonnablement prudente dans des circonstances comparables.

[71] Il ne suffira normalement pas que les administrateurs aient continué à exploiter l'entreprise, sachant qu'un défaut de versement était probable mais dans l'espoir que la compagnie reprendrait pied avec une reprise de l'économie ou une amélioration de sa position sur le marché. Dans ces conditions, les administrateurs seront généralement tenus pour avoir accepté le risque inhérent à la gageure que la compagnie serait subséquemment en mesure de verser les sommes dues. Le public n'a pas à assurer contre son gré ce risque, aussi raisonnable qu'il soit du point de vue commercial pour les administrateurs de continuer à exploiter l'entreprise sans rien faire pour prévenir les défauts de versement à l'avenir.

[72] Cette conclusion a été récemment tirée dans *Ruffo c. R.*, [1998] 2 C.T.C. 2203 (C.C.I.), décision confirmée par notre Cour le 13 avril 2000 (2000), 2000 DTC 6317, et où M^{me} le juge Lamarre Proulx de la Cour canadienne de l'impôt s'est prononcée en ces termes (paragraphe 20):

Je suis d'avis que la jurisprudence de notre Cour est constante sur la diligence qui doit avoir été exercée par l'administrateur d'une corporation pour lui permettre d'échapper à la responsabilité prescrite par le paragraphe 227.1(1) de la *Loi*. Elle est la diligence qui s'est préoccupée de prévenir le manquement et peut dans bien des cas, se différencier de la diligence que doit exercer l'administrateur envers la corporation.

[73] Un peu plus loin, elle a cité avec approbation cette affirmation du juge Rip de la Cour canadienne de l'impôt dans *K. Merson c. M.R.N.*, [1989] 1 C.T.C. 2074 (à la page 2083):

La prudence qu'exige le paragraphe 227.1(3) pour agir avec soin, diligence et habileté diffère de celle que doit exercer l'administrateur qui exécute ses fonctions, en vertu du droit des compagnies, quoique le paragraphe 227.1(3) et l'alinéa 122(1)(b) de la *Loi sur les sociétés par actions*, par exemple, emploient des mots identiques. Le soin, la diligence et l'habileté que le paragraphe 227.1(3) exige de l'administrateur ne reposent pas sur les obligations de ce dernier envers la corporation; ils reposent sur l'une des obligations de la corporation en vertu de la Loi et l'omission, par la corpora-

to fulfil such obligation. A director who manages a business is expected to take risks to increase the profitability of the business and the duties of care, diligence and skill are measured by this expectation. The degree of prudence required by subsection 227.1(3) leaves no room for risk.

[74] I do not understand Rip T.C.J.'s statement that the "degree of prudence required by subsection 227.1(3) leaves no room for risk" to mean that section 227.1 imposes strict liability on directors whose company ultimately proves to be unable to make good defaults in its remittances. Such a view would clearly be contrary to subsection 227.1(3), which only becomes relevant when Revenue Canada is unable to recover the money that the company ought to have remitted.

[75] Rather, I take him to have meant that, if directors decide to continue the business in the expectation that the company will turn around and will be able to make good its remittance defaults after they have occurred, if the company nonetheless fails without paying its tax debts, it is no defence for the directors to say that the risk that they took would have been taken by a reasonable person. The subsection 227.1(3) defence only applies if it can be demonstrated that the directors exercised the care, diligence and skill that a reasonably prudent business person in comparable circumstances would have exercised to prevent a future default.

[76] Whether directors have exercised due diligence to prevent such failures from occurring has both a legal and a factual aspect. As a matter of law, the liability of a director for unremitted source deductions and GST does not crystallize until the conditions prescribed by subsection 227.1(2) have been satisfied. Moreover, if the remittances are made in full, albeit late, the directors will not be liable for the company's previous failure to remit.

[77] However, the fact that, before crystallization, the liability of the director is inchoate is not incompa-

tion, d'exécuter cette obligation. On s'attend à ce que l'administrateur qui gère une entreprise prenne des risques pour accroître la rentabilité et c'est à cette attente que se mesurent les obligations du soin, de la diligence et de l'habileté. Le degré de prudence qu'exige le paragraphe 227.1(3) ne laisse aucune place au risque.

[74] Je n'interprète pas l'affirmation faite par le juge Rip que «le degré de prudence qu'exige le paragraphe 227.1(3) ne laisse aucune place au risque» comme signifiant que l'article 227.1 impose une présomption de responsabilité aux administrateurs dont la compagnie se révèle en fin de compte incapable d'acquitter les sommes en souffrance. Pareille conception serait indubitablement contraire au paragraphe 227.1(3), qui n'entre en jeu que dans le cas où Revenu Canada ne peut recouvrer l'argent que la compagnie aurait dû verser.

[75] Je pense au contraire qu'il a voulu dire par là que si les administrateurs décident de maintenir l'entreprise en activité dans l'espoir que la compagnie sera remise à flot et sera en mesure de rattraper les défauts de versement après coup, et que la compagnie fasse quand même faillite sans avoir payé ce qu'elle devait au fisc, ils ne peuvent arguer en défense qu'une personne raisonnable aurait accepté le risque qu'ils ont couru. Le moyen de défense tiré du paragraphe 227.1(3) ne peut servir que si les administrateurs peuvent prouver qu'ils ont agi avec le soin, la diligence et l'habileté qu'un homme d'affaires raisonnablement prudent aurait exercé dans des circonstances comparables pour prévenir le défaut.

[76] Que les administrateurs aient fait preuve ou non de diligence raisonnable pour prévenir le défaut est à la fois un point de droit et un point de fait. Sur le plan juridique, la responsabilité d'un administrateur en cas de défaut de versement des retenues à la source et de la TPS ne se cristallise qu'une fois que les conditions prévues au paragraphe 227.1(2) auront été réunies. Qui plus est, si les sommes dues sont par la suite intégralement réglées, même tardivement, ces administrateurs ne seront pas tenus responsables du défaut par la compagnie de les verser en premier lieu.

[77] Cependant, le fait qu'avant de se cristalliser, la responsabilité de l'administrateur soit latente n'est pas

tible with a finding that there was a failure to remit when no remittance was made on the date prescribed in the relevant legislation as the date when the remittance was due. Thus, for example, subsection 108(1) of the *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945 [as am. by SOR/97-472, s. 3] provides that amounts deducted from employees' wages in a month pursuant to subsection 153(1) of the Act shall be remitted to the Receiver General on or before the 15th day of the following month.

[78] Accordingly, in my view, the directors of Abel could not have obtained the benefit of subsection 227.1(3) on the basis of an assertion that they had continued the business, reasonably relying on Mr. Humphreys' advice that it could be turned around in 18 months' time by which time the economy should have improved. Even if the company successfully positioned itself to take advantage of the economic upturn and became profitable, it would only have become able to discharge its accrued liability and to prevent future failures to remit. Following this advice could not have prevented any failures to remit that occurred prior the revival of the company's fortunes, even if the advice had proved to be correct.

[79] Given the limitations placed upon them by the bank's *de facto* control of the company's finances, I am satisfied that, on the facts of this case, the directors exercised the degree of care, diligence and skill to prevent failures to remit that would have been shown by a reasonably prudent person in comparable circumstances. That Ms. McKinnon continued to prepare remittance cheques, admittedly without a realistic hope that the bank would honour them all, also indicates that the directors were not unmindful of the company's debt to Revenue Canada.

[80] Much more important, in my view, were Mr. Humphreys' continued efforts to find a new investor, given his belief that the company could then quickly be turned around. He told the directors that he was confident that a new investor could be found. Indeed,

incompatible avec la conclusion qu'il y a eu défaut de versement si aucun versement n'a été fait à la date qui, selon les textes applicables, est la date d'échéance. Par exemple, le paragraphe 108(1) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945 [mod. par DORS/97-472, art. 3], prévoit que les sommes retenues sur les salaires des employés dans un mois donné en application du paragraphe 153(1) de la Loi, doivent être versées au receveur général du Canada au plus tard le 15^e jour du mois suivant.

[78] Il s'ensuit, à mon avis, que les administrateurs d'Abel ne pouvaient prétendre au bénéfice du paragraphe 227.1(3) par la simple assertion qu'ils avaient poursuivi l'exploitation de l'entreprise en s'en remettant raisonnablement à l'avis de M. Humphreys que celle-ci pourrait se remettre à flot dans les 18 mois et que l'économie serait dans une meilleure conjoncture économique entre-temps. À supposer même que la compagnie ait pu se mettre en état de tirer parti de la conjoncture économique favorable et soit devenue rentable, elle serait devenue tout au plus capable d'acquitter les sommes dues et de prévenir les défauts de versement à l'avenir. L'adoption de ce conseil ne pouvait pas prévenir les défauts de versement qui devaient survenir antérieurement au renflouement de la compagnie, à supposer même que cette prévision se soit avérée exacte.

[79] Étant donné les restrictions que leur imposait le contrôle de fait exercé par la banque sur les finances de la compagnie, je conclus des faits de la cause que les administrateurs ont exercé, pour prévenir les défauts de versement, le même degré de soin, de diligence et d'habileté qu'une personne raisonnablement prudente dans des circonstances comparables. Le fait que M^{me} McKinnon ait continué à préparer les chèques de versement, manifestement sans l'espoir réaliste que la banque les honorerait tous, indique aussi que ces administrateurs n'ignoraient pas la dette de la compagnie envers Revenue Canada.

[80] Ce qui est bien plus important encore à mon avis, c'étaient les efforts soutenus de M. Humphreys pour trouver un nouvel investisseur, étant donné sa conviction que dès lors, la compagnie pourrait être rapidement remise à flot. Il a dit aux administrateurs

he identified potential investors within two weeks of being hired, spoke with 12 people who expressed an interest in investing in Abel and produced one who was willing to invest, but who proved unacceptable to the bank for reasons that are not disclosed.

[81] As long as these efforts were being made in good faith by a person with a successful track record in rescuing companies in the construction industry, the directors of Abel could reasonably say that, if an investor were found and approved by the bank, the company would obtain bonding and be in a position to bid on lucrative contracts, which might well have persuaded the bank to increase its line of credit again or, at least, to honour Abel's next remittance cheque.

[82] Hence, if Mr. Humphreys had succeeded in finding an investor acceptable to the bank, the failures to remit might have been prevented. The fact that, in the event, he was not successful and the failures occurred, does not render the directors liable if they had made reasonable efforts to prevent them. The Court would be reluctant to second guess the likely efficacy of the directors' efforts to prevent failures to remit from occurring.

[83] However, it would not have been open to the directors to have relied indefinitely on Mr. Humphreys' advice if there was no indication of potential investor interest in the company. The company's viability and the likelihood of its attracting new investors would have had to be reassessed from time to time in order for the directors successfully to invoke the due diligence defence provided by subsection 227.1(3).

G. CONCLUSIONS

[84] For these reasons, I have concluded that the directors satisfied the due diligence test in subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* and subsection 323(3) of the *Excise Tax Act*, and would therefore dismiss the

sa confiance qu'un nouvel investisseur pourrait être trouvé. De fait, il a identifié des investisseurs potentiels dans les semaines qui suivirent son engagement, a parlé à 12 personnes qui exprimaient leur intérêt à cet égard, et a trouvé une personne qui était d'accord pour mettre son argent dans la compagnie, mais qui ne convenait pas à la banque pour des raisons qui ne sont pas divulguées.

[81] Tant que ces efforts étaient poursuivis en bonne foi par une personne qui avait fait ses preuves dans le renflouement des compagnies dans le secteur du bâtiment, les administrateurs d'Abel pouvaient raisonnablement dire que, si un investisseur pouvait être trouvé et approuvé par la banque, la compagnie pourrait obtenir le cautionnement nécessaire pour soumissionner pour des contrats lucratifs, ce qui pourrait avoir pour effet d'engager la banque à accroître sa marge de crédit ou, à tout le moins, à honorer le prochain chèque de versement d'Abel.

[82] Il s'ensuit que si M. Humphreys avait réussi à trouver un investisseur acceptable pour la banque, les défauts de versement auraient pu être évités. Le fait qu'en fin de compte, il n'a pas réussi et qu'il y a eu des défauts de versement, ne rend pas les administrateurs responsables s'ils avaient fait des efforts raisonnables pour les prévenir. La Cour n'est pas encline à conjecturer après coup sur l'efficacité des efforts des administrateurs pour prévenir les défauts de versement.

[83] Cependant, ceux-ci n'auraient pas été en droit de s'en remettre indéfiniment à l'avis de M. Humphreys s'il n'y avait eu aucune indication d'intérêt de la part d'investisseurs dans la compagnie. Ils n'auraient pu se réclamer du moyen de défense de la diligence raisonnable tiré du paragraphe 227.1(3) qu'en réexaminant de temps à autre la viabilité de la compagnie et ses perspectives d'attraction de nouveaux investisseurs.

G. CONCLUSIONS

[84] Pour ces motifs, je conclus que les administrateurs en l'espèce ont satisfait au critère de la diligence raisonnable, prévu au paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et au paragraphe 323(3) de la

appeals and the applications for judicial review with one set of costs, including taxable disbursements in each of the matters.

STONE J.A.: I agree.

Loi sur la taxe d'accise. Je me prononce en conséquence pour le rejet des appels et des recours en contrôle judiciaire, avec allocation d'un seul mémoire de dépens, y compris les débours taxables dans chaque procédure.

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

T-2092-97

Walter A. Conohan and Eastern Marine Underwriters Inc. (Plaintiffs)

v.

The Cooperators (Defendant)

INDEXED AS: CONOHAN v. COOPERATORS (T.D.)

Trial Division, O'Keefe J.—Charlottetown, May 30, 31 and June 1; Toronto, November 28, 2000.

Maritime Law — Insurance — Action by insured for lost revenue, by insurer to recover monies paid in respect of fishing vessel destroyed in collision with vessel insured by defendant — Captain of latter vessel charged with operating vessel with blood/alcohol level over 80 — Insurer (defendant) refused to defend, pay third party claim on ground insured breached policy — Captain confessed to judgment, assigned rights of action to plaintiffs — Marine Insurance Act, s. 34 imposing implied warranty in every marine policy that marine adventure insured lawful and, in so far as insured has control, will be carried out in lawful manner — “Marine adventure” defined as including any situation where insurable property exposed to maritime perils — Definition of “maritime perils” limited to list of events beyond defendant’s control — Collision not maritime peril as caused by negligence, not by listed peril — Not marine adventure as liability not incurred by reason of maritime perils — S. 6(1)(a) stating contract of marine insurance contract whereby insurer undertaking to indemnify insured against losses incidental to marine adventure — As no marine adventure, not contract of marine insurance and implied condition in s. 34 not applicable — Losses not excluded by s. 53(2) (exempting insurer from liability for loss attributable to wilful misconduct of insured) as no evidence of wilful misconduct — Clause 27 of insurance policy stating warranted free from any claim for loss, damage, expense caused by impaired operation of vessel — As no mention of liability, only applies to claims for damages to insured’s own boat — Also, impaired operation of vessel not proven — Clause 16 providing liability coverage to insured if “liable to pay and shall pay” damages to other person — Requiring insured to pay plaintiff’s claim before making claim under policy — Defendant not required to pay plaintiffs’ claims.

T-2092-97

Walter A. Conohan et Eastern Marine Underwriters Inc. (demandeurs)

c.

The Cooperators (défenderesse)

RÉPERTORIÉ: CONOHAN c. COOPERATORS (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge O'Keefe—Charlottetown, 30 et 31 mai et 1^{er} juin; Toronto, 28 novembre 2000.

Droit maritime — Assurance — Action intentée par l'assuré qui réclame un manque à gagner, et par l'assureur qui réclame le remboursement de la somme payée relativement à la destruction d'un bateau de pêche au cours d'un abordage avec le bateau assuré par la défenderesse — Le capitaine de ce dernier bateau a été accusé d'avoir piloté son bateau avec une alcoolémie de plus de 80 — L'assureur (la défenderesse) a refusé de s'opposer à la réclamation présentée par un tiers et de la payer au motif que l'assuré avait manqué aux conditions de la police — Le capitaine a admis sa responsabilité et cédé ses droits d'action aux demandeurs — L'art. 34 de la Loi sur l'assurance maritime dispose que, dans chaque police maritime, il y a un engagement implicite quant à la licéité de l'opération maritime et, dans la mesure où l'assuré en a la maîtrise, au fait que l'opération sera exécutée conformément à la loi — L'expression «opérations maritimes» est définie comme incluant toute situation où des biens assurables sont exposés aux périls de mer — La définition de «périls de mer» se limite à dresser la liste des faits de mer qui échappent à la volonté de la partie défenderesse — L'abordage n'était pas un péril de mer étant donné qu'il a été causé par la négligence, et non par un péril énuméré dans la liste — Il ne s'agissait pas d'une opération maritime étant donné que la responsabilité n'a pas été engagée du fait d'un péril de mer — L'art. 6(1)a dispose que le contrat d'assurance maritime est le contrat par lequel l'assureur s'engage à indemniser l'assuré des pertes liées aux opérations maritimes — Comme il n'y a pas eu d'opération maritime, il n'y avait ni contrat d'assurance maritime, ni engagement implicite comme celui qui est prévu à l'art. 34 — Les pertes ne sont pas exclues du fait de l'art. 53(2) (qui dispose que l'assureur n'est pas responsable des pertes attribuables à l'inconduite délibérée de l'assuré) étant donné qu'il n'y a pas de preuve d'inconduite délibérée — La clause 27 de la police d'assurance dispose qu'il ne peut être présenté de demande d'indemnisation pour pertes, dommages ou frais causés par le pilotage du bateau par une personne dont les facultés sont affaiblies — Comme il n'y a pas de mention de responsabilité, cette clause ne s'applique qu'aux demandes de règlement pour des dommages causés au bateau de l'assuré — En outre, la

This was an action for lost revenue by the owner (Conohan) of the fishing vessel *Cape Light II*, destroyed in a collision with the fishing vessel *Lady Brittany* owned and operated by Peter Kirby Gaudet, and to recover \$66,155.80 paid by the insurers of the *Cape Light II* to the owner. Gaudet was later charged for the offence of operating a vessel when his alcohol/blood level exceeded .08. Gaudet's insurers, the defendant herein, refused to pay or defend Conohan's claim for his losses on the ground that Gaudet had breached the policy by being impaired and because of other illegal conduct in the operation of his vessel. Gaudet admitted liability, confessed to judgment, and assigned all of his rights of claim and action against his insurer to the plaintiffs herein, who commenced this action.

Both parties agreed that the *Marine Insurance Act* applied. Section 34 imposes an implied warranty in every marine policy that the marine adventure insured is lawful and, in so far as the insured has control, will be carried out in a lawful manner. Subsection 53(2) exempts an insurer from liability for any loss attributable to the wilful misconduct of the insured.

Clause 27 of the insurance policy stated "Further warranted free from any claim for loss, damage, or expense caused by . . . drunken or impaired operation of the vessel . . ." With respect to collision liability, clause 16 stated that the insured is covered if there is a collision with another vessel, "and the insured shall . . . therefore become liable to pay and shall pay by way of damages to any other person" any sum in respect of such collision.

The issues were: (1) whether Gaudet operated the *Lady Brittany* in a lawful manner within the context of section 34; (2) whether the loss suffered by Conohan was attributable to the "wilful misconduct" of Gaudet within the context of subsection 53(2); (3) whether the defendant was required to indemnify Gaudet and/or the plaintiffs; (4) whether Gaudet violated clause 27 of the insurance policy; (5) if so, was the defendant required to indemnify Gaudet and/or the plaintiffs; and (6) if so, what is the *quantum* of damages?

conduite du bateau par une personne dont les facultés étaient affaiblies n'a pas été prouvée — La clause 16 protège l'assuré si celui-ci «est tenu de payer» des dommages à une autre personne — Cette clause exige que l'assuré paie la réclamation des demandeurs avant de présenter sa demande de règlement en vertu de la police — La défenderesse n'est pas tenue de payer les réclamations des demandeurs.

Il s'agit d'une action intentée par le propriétaire (Conohan) du bateau de pêche *Cape Light II*, détruit au cours d'un abordage avec le bateau de pêche *Lady Brittany* qui était piloté par son propriétaire Peter Kirby Gaudet, dans laquelle Conohan réclame un manque à gagner, et les assureurs du *Cape Light II* la somme de 66 155,80 \$ qu'ils ont payée à son propriétaire. Gaudet a par la suite été accusé d'avoir piloté son bateau avec une alcoolémie de plus de 0,08. Les assureurs de Gaudet, qui sont les défendeurs en l'espèce, ont refusé de payer ou de s'opposer à la réclamation de Conohan pour son manque à gagner au motif que Gaudet avait manqué aux conditions de la police en conduisant son bateau alors que ses facultés étaient affaiblies et en raison d'une autre conduite illégale dans le pilotage de son bateau. Gaudet a admis sa responsabilité, acquiescé à la demande et cédé tous ses droits d'action et de réclamation contre son assureur aux demandeurs en l'espèce, qui ont intenté cette action.

Les deux parties ont reconnu que la *Loi sur l'assurance maritime* s'appliquait. L'article 34 dispose que, dans toute police maritime, il y a un engagement implicite quant à la licéité de l'opération maritime assurée et, dans la mesure où l'assuré en a la maîtrise, au fait que l'opération sera exécutée conformément à la loi. Aux termes du paragraphe 53(2), l'assureur n'est pas responsable des pertes attribuables à l'inconduite délibérée de l'assuré.

La clause 27 de la police d'assurance indique ce qui suit: «Également franc de toute demande d'indemnisation pour pertes, dommages ou frais causés par [. . .] le pilotage du bateau par une personne en état d'ébriété ou avec facultés affaiblies [. . .]». Pour ce qui a trait à la responsabilité en cas d'abordage, la clause 16 stipule que l'assuré est protégé en cas d'abordage avec un autre bateau et qu'il «est en conséquence tenu de payer à une ou plusieurs autres personnes, sous forme de dommages-intérêts», des sommes ayant trait à cet abordage.

Les questions étaient les suivantes: 1) Gaudet pilotait-il le *Lady Brittany* d'une manière licite dans le contexte de l'article 34; 2) les pertes subies par Conohan sont-elles attribuables à «l'inconduite délibérée» de Gaudet dans le contexte du paragraphe 53(2); 3) la défenderesse est-elle tenue d'indemniser Gaudet ou les demandeurs ou eux tous; 4) Gaudet a-t-il enfreint la clause 27 de la police d'assurance; 5) dans l'affirmative, la défenderesse est-elle tenue d'indemniser Gaudet ou les demandeurs ou eux tous; et 6) dans l'affirmative, quel est le montant des dommages subis?

Held, the action should be dismissed.

(1) The section 2 definition of “marine adventure” includes any situation where “insurable property” (the *Lady Brittany*) is exposed to maritime perils, and includes a situation where “any liability to a third party may be incurred by the owner of, or other person interested in or responsible for, insurable property, by reason of maritime perils”. The definition of “maritime perils” lists the types of perils that are included in the definition, all of which are events beyond the defendant’s control, concluding with “all other perils of a like kind and, in respect of a marine policy, any peril designated by the policy”. The perils listed in the policy were all similar to those mentioned specifically in the definition. The collision was caused by Gaudet’s negligence. This is not a maritime peril as it does not fit within any of the perils enumerated in the policy. Nor is it a marine adventure as the liability to the third party (Conohan) was not incurred “by reason of maritime perils”. Paragraph 6(1)(a) of the Act states that a contract of marine insurance is a contract whereby the insurer undertakes to indemnify the insured against losses that are incidental to a marine adventure. As there was no marine adventure with respect to the claim against Gaudet, this portion of the policy is not a contract of marine insurance within the meaning of paragraph 6(1)(a), or a marine policy within section 34. Therefore the implied condition did not apply.

(2) The defendant alleged that Gaudet’s breach of the collision rules and alleged impairment offended subsection 53(2). There was no evidence that Gaudet wilfully tried to breach the rules, and while the *Lady Brittany* was being operated without an adequate lookout, there was no evidence of wilful misconduct by Gaudet. Conohan’s losses were not, therefore, excluded by subsection 53(2).

(3) There was no necessity to address this issue given the previous findings.

(4) Clause 27 applies only to claims for damages to the insured’s own boat, not to third party claims. Unlike clause 29, clause 27 specifically excludes “liability” and includes “loss”. Thus the word “loss” in clause 27 does not include liability, and clause 27 does not apply so as to exclude coverage under clause 16, which provides liability coverage for third party claims, if the insured’s liability was caused by “drunken or impaired operation of the vessel”.

In any event, the defendant had not proven that there had been drunken or impaired operation of the boat.

Jugement: l’action doit être rejetée.

1) La définition d’«opérations maritimes» donnée à l’article 2 inclut toute situation où des «biens assurables» (le *Lady Brittany*) sont exposés aux périls de mer et comprennent une situation où «la responsabilité du propriétaire de ces biens ou de toute autre personne responsable de ceux-ci ou y ayant un intérêt risque d’être engagée envers un tiers en raison de tels périls». La définition de «périls de mer» dresse la liste des différents faits de mer qui sont inclus dans la définition, et qui sont tous des incidents qui échappent à la volonté de la partie défenderesse, et inclut «tous autres périls comparables [de même que] les périls visés par la police maritime». Les périls énumérés dans la police étaient tous des périls semblables aux périls expressément indiqués dans la définition. L’abordage a été causé par la négligence de Gaudet. Il ne s’agit pas d’un péril de mer étant donné que cette négligence ne fait pas partie des périls énumérés dans la police. Il ne s’agit pas non plus d’une opération maritime, puisque la responsabilité envers le tiers (Conohan) n’a pas été engagée «en raison de [. . .] périls de mer». L’alinéa 6(1)a) de la Loi stipule que le contrat d’assurance maritime est le contrat par lequel l’assureur s’engage à indemniser l’assuré des pertes liées aux opérations maritimes. Comme il n’y a pas eu d’opération maritime pour ce qui concerne la réclamation contre Gaudet, il s’ensuit que cette partie de la police n’est pas un contrat d’assurance maritime au sens de l’alinéa 6(1)a) de la Loi, ni une police maritime au sens donné à cette expression à l’article 34. Par conséquent, il n’y a pas d’engagement implicite.

2) La défenderesse a allégué que le manquement aux règles d’abordage par Gaudet et son ébriété alléguée vont à l’encontre du paragraphe 53(2). Or, il n’y a pas de preuve que Gaudet a sciemment essayé de contrevenir aux règles et, bien que le *Lady Brittany* ait été piloté sans surveillance appropriée, il n’y a pas d’indication d’inconduite délibérée de la part de Gaudet. Par conséquent, les pertes de Conohan ne sont pas exclues du fait de l’application du paragraphe 53(2).

3) Il n’a pas été nécessaire de traiter de cette question, compte tenu des conclusions ci-dessus.

4) La clause 27 ne s’applique qu’aux demandes de règlement pour des dommages causés au bateau de l’assuré, et non pas aux demandes d’indemnisation présentées par des tiers. Contrairement à la clause 29, la clause 27 exclut expressément la «responsabilité» et inclut la «perte». Donc, le mot «perte» à la clause 27 n’exclut pas la responsabilité et la clause 27 ne peut être invoquée pour exclure la protection accordée par la clause 16, qui concerne la responsabilité relative aux réclamations de tiers, si la responsabilité de l’assuré a été engagée par suite du «pilotage du bateau par le pêcheur en état d’ébriété ou avec ses facultés affaiblies».

De toute façon, la défenderesse n’a pas prouvé qu’il y avait eu pilotage en état d’ébriété ou avec facultés affaiblies.

(5) As clause 27 had no application to clause 16, there was no need to discuss a violation of clause 27.

Clause 16 clearly requires that Gaudet first pay the claim of the plaintiff, Conohan, before he can make a claim under the policy for that amount. For this reason the defendant was not required to pay the plaintiffs' claims.

(6) If the above finding as to liability was in error, the *quantum* of damages was fixed at \$66,155.80, being the agreed upon *quantum* of damages to the *Cape Light II*. Neither the claim for lost revenue nor that for punitive or exemplary damages had been proven.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Marine Insurance Act, S.C. 1993, c. 22, ss. 2(1) "marine adventure", "marine policy", "maritime perils", 6(1)(a), 34, 53.

CASE JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

Firma C — Trade S.A. v. Newcastle Protection and Indemnity Assn., [1990] H.L.J. No. 33 (QL).

AUTHORS CITED

Gow, William. *Marine Insurance: A Handbook*, 2nd ed. London: Macmillan.

Words & Phrases Judicially Defined in Canadian Courts and Tribunals, Vol. 8. Toronto: Carswell, 1993 "wilful misconduct".

ACTION by fishing vessel owner for lost revenue, and by his insurer to recover \$66,155.80 paid by it for damage caused to the vessel in a collision with a fishing vessel insured by the defendant where the owner and operator of that vessel assigned all of his rights of claim and action against his insurer to the plaintiffs. Action dismissed.

APPEARANCES:

David F. H. Marler for plaintiffs.
Keith M. Boswell and *D. Spencer Campbell* for defendant.

5) Étant donné que la clause 27 ne s'applique pas à la clause 16, il n'est pas nécessaire de discuter de la violation de la clause 27.

La clause 16 exige manifestement que Gaudet paie d'abord la réclamation du demandeur, Conohan, avant de s'adresser à son assureur pour être remboursé du montant correspondant. Pour cette raison, la défenderesse n'est pas tenue de payer les réclamations des demandeurs.

6) Si les conclusions précitées concernant la responsabilité sont erronées, le montant des dommages est fixé à 66 155,80 \$, ce qui est le montant convenu des dommages causés au *Cape Light II*. Aucune preuve n'a été établie concernant la réclamation pour manque à gagner et la demande de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'assurance maritime, L.C. 1993, ch. 22, art. 2(1) «opérations maritimes», «périls de mer», «police maritime», 6(1)a, 34, 53.

JURISPRUDENCE

DÉCISION MENTIONNÉE:

Firma C — Trade S.A. v. Newcastle Protection and Indemnity Assn., [1990] H.L.J. n° 33 (QL).

DOCTRINE

Gow, William. *Marine Insurance: A Handbook*, 2nd ed. London: Macmillan.

Termes et locutions définis par les tribunaux canadiens, vol. 8. Toronto: Carswell, 1993 «wilful misconduct».

ACTION intentée par le propriétaire d'un bateau de pêche pour manque à gagner, et par son assureur en remboursement d'une somme de 66 155,80 \$ payée pour les dommages causés au bateau au cours d'un abordage avec un bateau de pêche assuré par la défenderesse dans une situation où le propriétaire, qui pilotait son bateau, a cédé tous ses droits d'action et de réclamation contre son assureur aux demandeurs. Action rejetée.

ONT COMPARU:

David F. H. Marler, pour les demandeurs.
Keith M. Boswell et *D. Spencer Campbell*, pour la défenderesse.

SOLICITORS OF RECORD:

Law Office of David F. H Marler, Montréal, for plaintiffs.
Stewart McKelvey Stirling Scales, Charlottetown, for defendant.

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

[1] O'KEEFE J.: This action involves a claim by the plaintiff, Walter A. Conohan (Conohan) and the plaintiff, Eastern Marine Underwriters Inc. (Eastern Marine) against The Cooperators who were the insurers of Captain Peter Kirby Gaudet's fishing vessel the *Lady Brittany*. The plaintiff, Eastern Marine claims for the sum of \$66,155.80 which it paid to Conohan as insurer of his fishing vessel. The plaintiff, Conohan is claiming for loss of revenue from not being able to fish. Both plaintiffs are claiming interest and costs.

[2] The plaintiff, Conohan, was the owner of the fishing vessel *Cape Light II* which, as indicated above, was insured by the plaintiff, Eastern Marine.

[3] The defendant, The Cooperators, was an insurance company carrying on business in Prince Edward Island and it had issued a policy of insurance on the fishing vessel *Lady Brittany* owned by Peter Kirby Gaudet.

[4] On September 20, 1996, the *Lady Brittany* left Tignish, Prince Edward Island with Captain Peter Kirby Gaudet (Gaudet) at the wheel at around 3:00 p.m. The vessel travelled eastwardly along the northern coast of Prince Edward Island, reaching East Point at approximately 10:30 or 11:00 p.m. on September 20, 1996. The boat was heading to fish tuna in an area known as the westward edge of the ridge.

[5] At approximately 1:20 a.m. on September 21, 1996, the *Lady Brittany*, with Gaudet at the wheel, collided with Conohan's fishing vessel *Cape Light II*, which was at anchor and showing its anchor light. As

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Cabinet de David F. H Marler, Montréal, pour les demandeurs.
Stewart McKelvey Stirling Scales, Charlottetown, pour la défenderesse.

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

[1] LE JUGE O'KEEFE: La présente action porte sur une réclamation présentée par Walter A. Conohan (Conohan), demandeur, et Eastern Marine Underwriters Inc. (Eastern Marine), demanderesse, contre The Cooperators, qui était l'assureur du *Lady Brittany*, le bateau de pêche du capitaine Peter Kirby Gaudet. La demanderesse, Eastern Marine, réclame la somme de 66 155,80 \$ qu'elle a payée à Conohan à titre d'assureur de son bateau de pêche. Le demandeur Conohan réclame un manque à gagner parce qu'il est dans l'impossibilité de pêcher. Les deux demandeurs réclament les intérêts et les frais.

[2] Le demandeur Conohan était propriétaire du bateau de pêche *Cape Light II* qui, comme il a été indiqué ci-dessus, était assuré par la demanderesse Eastern Marine.

[3] La défenderesse, The Cooperators, compagnie d'assurances faisant affaire à l'Île-du-Prince-Édouard, avait établi une police d'assurance sur le bateau de pêche *Lady Brittany*, qui est la propriété de Peter Kirby Gaudet.

[4] Le 20 septembre 1996, le *Lady Brittany*, commandé par le capitaine Peter Kirby Gaudet (Gaudet), a quitté Tignish (Île-du-Prince-Édouard) vers 15 heures. Le bateau se dirigeait vers l'est en suivant la côte nord de l'Île-du-Prince-Édouard et il est arrivé à East Point vers 22 h 30 ou 23 h, le 20 septembre 1996. Il allait à la pêche au thon dans un endroit connu sous le nom d'extrémité ouest du récif.

[5] Vers 1 h 20, le 21 septembre 1996, le *Lady Brittany*, commandé par le capitaine Gaudet, a abordé le bateau de pêche de Conohan, le *Cape Light II*, qui était à l'ancre avec un feu de mouillage allumé. Par

a result of the collision, the *Cape Light II* became a constructive total loss.

[6] Conohan was also proceeding to the tuna fishing grounds as indicated above, but his boat was at anchor when struck by the *Lady Brittany*.

[7] After or just before the *Lady Brittany* struck the *Cape Light II*, Gaudet reversed his engine. After the collision he called out to Conohan to make certain that Conohan was all right. Gaudet put his lights on the *Cape Light II* and steamed around it. Another larger boat arrived and its crew told Gaudet to stay closer to the *Cape Light II* because it was easier for the smaller *Lady Brittany* to navigate in close to the *Cape Light II* should anything happen on the way in to the port of Souris, Prince Edward Island. The *Lady Brittany* came around to the *Cape Light II* about a half dozen times and Gaudet would ask if Conohan was all right and was the *Cape Light II* taking on water. Eventually, the coast guard vessel from Souris met them and escorted them into the Port of Souris.

[8] The evidence of Conohan was that he did not have any trouble in understanding Gaudet.

[9] The *Lady Brittany* was not damaged in the collision.

[10] The boats arrived in Souris some time before 5:00 a.m. At 5:05 a.m. Constable Leanne Butler, a member of the RCMP arrived at Souris Wharf and spoke to Gaudet and she formed the opinion that she had the requisite grounds to request Gaudet to provide samples of his breath to be analyzed by the breathalyzer. These samples were provided and Gaudet was found to have the following readings:

5:38 a.m.	100 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood
5:58 a.m.	90 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood

[11] Constable Butler noted that Gaudet had a moderate odour of alcohol from his breath, a flushed

suite de l'abordage, le *Cape Light II* a été déclaré perte réputée totale.

[6] Conohan s'en allait également à la pêche au thon à l'endroit indiqué ci-dessus, mais son bateau était à l'ancre quand il a été heurté par le *Lady Brittany*.

[7] Après ou juste avant l'abordage du *Cape Light II* par le *Lady Brittany*, Gaudet a mis son moteur en marche arrière. Après l'abordage, il a appelé Conohan pour s'assurer que celui-ci n'avait rien. Gaudet a braqué ses projecteurs sur le *Cape Light II* en le contournant. Un autre bateau, de plus grandes dimensions, est arrivé sur les lieux et l'équipage a recommandé à Gaudet de demeurer près du *Cape Light II* parce qu'il serait plus facile pour le *Lady Brittany*, de plus petites dimensions, de naviguer à proximité du *Cape Light II* au cas où un incident se produirait en route vers le port de Souris à l'Île-du-Prince-Édouard. Le *Lady Brittany* a contourné le *Cape Light II* à peu près une demi-douzaine de fois et chaque fois Gaudet a demandé à Conohan s'il allait bien et si le *Cape Light II* prenait l'eau. Finalement, le bateau de la garde côtière de Souris est venu à leur rencontre et les a escortés jusqu'au port de Souris.

[8] Dans son témoignage, Conohan dit qu'il n'avait pas eu de difficulté à comprendre Gaudet.

[9] Le *Lady Brittany* n'a pas été endommagé au cours de l'abordage.

[10] Les bateaux sont arrivés à Souris un peu avant 5 heures. À 5 h 05, la gendarme Leanne Butler, de la GRC, est arrivée au quai de Souris et, après avoir parlé à Gaudet, elle en est venue à la conclusion qu'elle avait des motifs suffisants pour demander à ce dernier de se soumettre au test de l'ivressomètre. Les échantillons prélevés ont donné les résultats suivants:

5 h 38	100 milligrammes d'alcool pour 100 millilitres de sang
5 h 58	90 milligrammes d'alcool pour 100 millilitres de sang

[11] La gendarme Butler a noté que Gaudet sentait légèrement l'alcool, qu'il avait le visage rouge, une

face, slow speech, bloodshot eyes and soiled clothes. She also noted that under the heading of “balance”, he was swaying a little and that his walking and turning was fair. On cross-examination, Constable Butler agreed you could have a flushed face for other reasons and she agreed that his slow speech could be his manner of speech as she never heard him speak before. She also agreed that he could have bloodshot eyes because of the long sail from Tignish. She also stated that his swaying could be due to being on a boat for a long period of time.

[12] Gaudet was not charged at that time but was released as soon as he checked into a local hotel. At a later date, after lab results were available, he was charged with the operation of a vessel when his alcohol/blood level exceeded 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood.

[13] There were two crew members on the *Lady Brittany* in addition to the captain.

[14] There are a number of versions as to how much alcohol was drank by Gaudet both before and after the collision.

[15] On April 17, 1997, Conohan sued the *Lady Brittany* and Gaudet for his losses.

[16] Gaudet’s insurers, The Cooperators, refused to pay or defend the claim that was made against the *Lady Brittany* and Gaudet as it was their position that Gaudet breached the policy by being impaired and because of other illegal conduct in the operation of his vessel.

[17] On September 15, 1997, Gaudet, in writing, admitted liability in that action, confessed to judgment and assigned all of his rights of claim and action against The Cooperators, to Walter Conohan and Eastern Marine Underwriters Inc.

élocution lente, les yeux injectés de sang et des vêtements sales. Elle a également noté sous la rubrique «Équilibre» qu’il vacillait un peu mais qu’il marchait et tournait sans difficulté. En contre-interrogatoire, la gendarme Butler a reconnu qu’on peut avoir le visage rouge pour d’autres raisons et elle a aussi convenu que son élocution lente pouvait être son débit habituel, étant donné qu’elle ne l’avait jamais entendu parler auparavant. Elle a de plus reconnu qu’il pouvait avoir les yeux injectés de sang à cause du long trajet parcouru en mer depuis Tignish. Elle a également déclaré que son vacillement pouvait être dû au fait qu’il était demeuré pendant une longue période sur un bateau.

[12] À ce moment, aucune accusation n’a été portée contre Gaudet qui a été libéré dès qu’il a loué une chambre dans un hôtel local. Par la suite, après que les résultats de laboratoire eurent été obtenus, il a été accusé d’avoir piloté un bateau avec une alcoolémie de plus de 80 milligrammes d’alcool pour 100 millilitres de sang.

[13] Outre le capitaine, il y avait deux membres d’équipage à bord du *Lady Brittany*.

[14] Il y a plusieurs versions sur la quantité d’alcool que Gaudet a absorbée avant et après l’abordage.

[15] Le 17 avril 1997, Conohan a intenté des poursuites contre le *Lady Brittany* et Gaudet pour obtenir d’être indemnisé de ses pertes.

[16] L’assureur de Gaudet, The Cooperators, a refusé de payer ou de s’opposer à la réclamation présentée contre le *Lady Brittany* et Gaudet parce que, à son avis, Gaudet avait manqué aux conditions de la police en conduisant un bateau alors que ses facultés étaient affaiblies et à cause d’une autre conduite illégale dans le pilotage de son bateau.

[17] Le 15 septembre 1997, Gaudet a admis par écrit sa responsabilité dans cette action, a acquiescé à la demande et cédé tous ses droits d’action et de réclamation contre The Cooperators à Walter Conohan et à Eastern Marine Underwriters Inc.

[18] The plaintiffs commenced the present action against the defendant on September 24, 1997.

[19] According to the order of the Pre-trial Conference Judge which was provided to me, the issues are as follows:

1. Does the *Marine Insurance Act* [S.C. 1993, c. 22] apply to the facts of this case?
2. If the *Marine Insurance Act* applies to the facts of this case, did Gaudet operate the *Lady Brittany* in a lawful manner within the context of section 34 of the Act?
3. If the *Marine Insurance Act* applies to the facts of this case, was the loss suffered by Conohan attributable to the “wilful misconduct” of Gaudet, within the context of subsection 53(2) of the Act?
4. If the *Marine Insurance Act* applies and the answers to questions 2 and 3 are in the affirmative, is the defendant required to indemnify Gaudet and/or the plaintiffs?
5. Did Gaudet violate clause 27 of the policy of insurance?
6. If Gaudet violated clause 27 of the policy of insurance, is the defendant required to indemnify Gaudet and/or the plaintiffs?
7. If the defendant is required to indemnify Gaudet and/or the plaintiffs, what is the *quantum* of damages suffered?

Issue 1

Does the *Marine Insurance Act* apply to the facts of this case?

[20] Both parties agreed before me that the *Marine Insurance Act* did apply and I would so hold.

Issue 2

If the *Marine Insurance Act* applies to the facts of this case, did Gaudet operate the *Lady Brittany* in a lawful manner within the context of section 34 of the Act?

[18] Les demandeurs ont intenté la présente action contre la défenderesse le 24 septembre 1997.

[19] Selon l’ordonnance qui m’a été remise, rendue par le juge chargé de la conférence préparatoire à l’instruction, les questions en litige sont les suivantes:

1. La *Loi sur l’assurance maritime* [L.C. 1993, ch. 22] s’applique-t-elle aux faits de l’espèce?
2. Si la *Loi sur l’assurance maritime* s’applique aux faits de l’espèce, Gaudet pilotait-il le *Lady Brittany* d’une manière licite dans le contexte de l’article 34 de la Loi?
3. Si la *Loi sur l’assurance maritime* s’applique aux faits de l’espèce, les pertes subies par Conohan sont-elles attribuables à «l’inconduite délibérée» de Gaudet dans le contexte du paragraphe 53(2) de la Loi?
4. Si la *Loi sur l’assurance maritime* s’applique et que les réponses aux questions 2 et 3 sont affirmatives, la défenderesse est-elle tenue d’indemniser Gaudet, ou les demandeurs ou eux tous?
5. Gaudet a-t-il enfreint la clause 27 de la police d’assurance?
6. Si Gaudet a enfreint la clause 27 de la police d’assurance, la défenderesse est-elle tenue d’indemniser Gaudet, ou les demandeurs ou eux tous?
7. Si la défenderesse est tenue d’indemniser Gaudet, ou les demandeurs ou eux tous, quel est le montant des dommages subis?

Question 1

La *Loi sur l’assurance maritime* s’applique-t-elle aux faits de l’espèce?

[20] Les deux parties ont reconnu devant moi que la *Loi sur l’assurance maritime* s’appliquait effectivement et c’est ce que je conclus également.

Question 2

Si la *Loi sur l’assurance maritime* s’applique aux faits de l’espèce, Gaudet pilotait-il le *Lady Brittany* d’une manière licite dans le contexte de l’article 34 de la Loi?

[21] Section 34 of the *Marine Insurance Act*, S.C. 1993, c. 22 (the Act) states:

34. There is an implied warranty in every marine policy that the marine adventure insured is lawful and, in so far as the insured has control, will be carried out in a lawful manner.

The Act also contains the following definitions:

2. (1) . . .

“marine adventure” means any situation where insurable property is exposed to maritime perils, and includes any situation where

(a) the earning or acquisition of any freight, commission, profit or other pecuniary benefit, or the security for any advance, loan or disbursement, is endangered by the exposure of insurable property to maritime perils, and

(b) any liability to a third party may be incurred by the owner of, or other person interested in or responsible for, insurable property, by reason of maritime perils;

“marine policy” means the instrument evidencing a contract;

“maritime perils” means the perils consequent on or incidental to navigation, including perils of the seas, fire, war perils, acts of pirates or thieves, captures, seizures, restraints, detentions of princes and peoples, jettisons, barratry and all other perils of a like kind and, in respect of a marine policy, any peril designated by the policy;

The plaintiffs argued that section 34 of the Act does not apply to a claim by the insured, in this case Gaudet, against his own insurer to be reimbursed for the money he was requested to pay to Conohan as this part of his coverage is liability insurance which is in place to protect Gaudet should a third party have a claim against him.

[22] The definition of “marine adventure” includes any situation where “insurable property” (the *Lady Brittany*) is exposed to maritime perils and includes a situation where “any liability to a third party may be incurred by the owner of, or other person interested in or responsible for, insurable property, by reason of maritime perils”. The definition of “maritime perils” lists the types of perils that are included in the defini-

[21] L'article 34 de la *Loi sur l'assurance maritime*, L.C. 1993, ch. 22 (la Loi) dispose comme suit:

34. Dans toute police maritime, il y a engagement implicite quant à la licéité de l'opération maritime assurée et, dans la mesure où l'assuré en a la maîtrise, au fait que l'opération sera exécutée conformément à la loi.

La Loi renferme également les définitions suivantes:

2. (1) [. . .]

«opérations maritimes» Les opérations maritimes s'entendent de toute situation où des biens assurables sont exposés aux périls de mer et comprennent celles où, selon le cas:

a) le gain ou l'acquisition d'un fret, d'une commission, d'un profit ou de tout autre avantage pécuniaire ou une sûreté pour avances, prêts ou frais sont compromis lorsque les biens sont exposés aux périls de mer;

b) la responsabilité du propriétaire de ces biens ou de toute autre personne responsable de ceux-ci ou y ayant un intérêt risque d'être engagée envers un tiers en raison de tels périls.

«périls de mer» Périls résultant de la navigation ou liés à celle-ci, y compris les fortunes de mer, incendies, risques de guerre, actes de piraterie, vols, captures, saisies, prises de navire ou de cargaison, contraintes, détentions de prince, autorité ou peuple, jets à la mer, barateries et tous autres périls comparables. Sont inclus dans la présente définition les périls visés par la police maritime.

«police maritime» Le document qui fait foi du contrat.

Les demandeurs prétendent que l'article 34 de la Loi ne s'applique pas à une demande de règlement présentée par l'assuré, en l'espèce Gaudet, contre son propre assureur pour se faire rembourser l'argent qu'on lui a demandé de payer à Conohan, étant donné que cette partie de sa protection est une assurance responsabilité qui a pour objet de protéger Gaudet contre les réclamations d'un tiers contre lui.

[22] La définition «d'opérations maritimes» inclut toute situation où des «biens assurables» (le *Lady Brittany*) sont exposés aux périls de mer et comprennent une situation où «la responsabilité du propriétaire de ces biens ou de toute autre personne responsable de ceux-ci ou y ayant un intérêt risque d'être engagée envers un tiers en raison de tels périls». La définition de «périls de mer» dresse la liste des différents faits

tion. All of these perils are events that are not in the control of the defendant. For example, unexpected bad weather which results in a collision between boats would not be avoidable by a captain. The definition of “maritime perils”, however, does include “all other perils of a like kind and, in respect of a marine policy, any peril designated by the policy”. A study of the policy shows that the perils listed in the Marine Guard Declaration are all perils similar to the perils listed specifically in the definition.

[23] In the present case, the collision with Conohan’s boat was caused by the negligence of Gaudet who, among other things, failed to keep a proper lookout. This is not a maritime peril as it does not fit within any of the perils listed in the policy. As well, I am of the opinion that it is not a marine adventure as the liability to the third party (Conohan) was not incurred “by reason of maritime perils”.

[24] Paragraph 6(1)(a) of the Act states:

6. (1) A contract of marine insurance is a contract whereby the insurer undertakes to indemnify the insured, in the manner and to the extent agreed in the contract, against

(a) losses that are incidental to a marine adventure or an adventure analogous to a marine adventure, including losses arising from a land or air peril incidental to such an adventure if they are provided for in the contract or by usage of the trade; or

[25] As I have found that there was no marine adventure with respect to the claim against Gaudet, it follows that this portion of the policy is not a contract of marine insurance within the meaning of paragraph 6(1)(a) of the Act or a marine policy as the term is used in section 34 of the Act. Therefore, the implied condition does not apply in this case.

Issue 3

If the *Marine Insurance Act* applies to the facts of this case, was the loss suffered by Conohan attributable to the “wilful misconduct” of Gaudet, within the context of subsection 53(2) of the Act?

de mer qui sont inclus dans la définition. Tous ces périls sont des incidents qui échappent à la volonté de la partie défenderesse. Par exemple, un capitaine ne pourrait éviter une tempête soudaine qui entraînerait un abordage. La définition de «périls de mer», toutefois, inclut «tous autres périls comparables [de même que] les périls visés par la police maritime». Un examen de la police indique que les périls énumérés dans l’avenant Marine Guard Declaration sont tous des périls semblables aux périls expressément indiqués dans la définition.

[23] En l’espèce, l’abordage avec le bateau de Conohan a été causé par la négligence de Gaudet, qui, entre autres choses, a négligé d’assurer une surveillance appropriée. Il ne s’agit pas d’un péril de mer étant donné que cette négligence ne fait pas partie des périls énumérés dans la police. De même, je suis d’avis qu’il ne s’agit pas d’une opération maritime, puisque la responsabilité envers le tiers (Conohan) n’a pas été engagée «en raison de [. . .] périls [de mer]».

[24] L’alinéa 6(1)a) de la Loi est rédigé dans les termes suivants:

6. (1) Le contrat d’assurance maritime est le contrat par lequel l’assureur s’engage à indemniser l’assuré selon les modalités et dans la mesure qui y sont précisées:

a) des pertes liées aux opérations maritimes ou aux opérations analogues, notamment celles résultant d’un péril terrestre ou aérien lié à ces opérations si elles sont prévues soit par le contrat soit par les usages du commerce;

[25] Comme j’ai conclu qu’il n’y avait pas eu d’opération maritime pour ce qui concerne la réclamation contre Gaudet, il s’ensuit que cette partie de la police n’est pas un contrat d’assurance maritime au sens de l’alinéa 6(1)a) de la Loi ni une police maritime au sens donné à cette expression à l’article 34 de la Loi. Par conséquent, il n’y a pas d’engagement implicite en l’espèce.

Question 3

Si la *Loi sur l’assurance maritime* s’applique aux faits de l’espèce, les pertes subies par Conohan sont-elles attribuables à «l’inconduite délibérée» de Gaudet dans le contexte du paragraphe 53(2) de la Loi?

[26] Subsections 53(1) and (2) of the Act read:

53. (1) Subject to this Act and unless a marine policy otherwise provides, an insurer is liable only for a loss that is proximately caused by a peril insured against, including a loss that would not have occurred but for the misconduct or negligence of the master or crew.

(2) Without limiting the generality of subsection (1), an insurer is not liable for any loss attributable to the wilful misconduct of the insured nor, unless the marine policy otherwise provides, for

If it is assumed that subsection 53(2) applies to the facts in this case, then the defendant would not be liable for any loss attributable to the wilful misconduct of the insured. The following definitions of “wilful misconduct” have been outlined in *Words & Phrases Judicially defined in Canadian Courts and Tribunals*, Vol. 8. “Wilful Misconduct”, Carswell, at page 8-817:

WILFUL MISCONDUCT

See also *GROSS NEGLIGENCE; MISCONDUCT; SERIOUS AND WILFUL MISCONDUCT; SERIOUS NEGLIGENCE; WANTON MISCONDUCT; WILFUL NEGLIGENCE*.

Supreme Court of Canada

I am, myself, unable to agree with the view that you may not have a case in which the jury may properly find the defendant guilty of gross negligence while refusing to find him guilty of wilful or wanton misconduct. All these phrases, gross negligence, wilful misconduct, wanton misconduct [in the *Motor Vehicle Act*, S.N.S. 1932, c. 6, s. 183], imply conduct in which, if there is not conscious wrong doing, there is a very marked departure from the standards by which responsible and competent people in charge of motor cars habitually govern themselves. Subject to that, I think it is entirely a question of fact for the jury whether conduct falls within the category of gross negligence, or wilful misconduct, or wanton misconduct. These words, after all, are very plain English words, not difficult of application by a jury whose minds are not confused by too much verbal analysis.

(Motor Vehicles)

McCulloch v. Murray, [1942] S.C.R. 141 at 145, [1942] 2 D.L.R. 179 Duff C.J.

[26] Les paragraphes 53(1) et (2) de la Loi sont rédigés dans les termes suivants:

53. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi et sauf disposition contraire de la police maritime, l'assureur n'est responsable que des pertes résultant directement des périls assurés, y compris la perte qui ne se serait pas produite sans l'inconduite ou la négligence du capitaine ou de l'équipage.

(2) Sans restreindre la généralité du paragraphe (1), l'assureur n'est pas responsable des pertes attribuables à l'inconduite délibérée de l'assuré ni, sauf disposition contraire de la police:

Si l'on pose par hypothèse que le paragraphe 53(2) s'applique aux faits de l'espèce, alors la défenderesse ne serait pas responsable des pertes attribuables à l'inconduite délibérée de l'assuré. Les définitions suivantes de l'expression «inconduite délibérée» sont données dans *Termes et locations définis par les tribunaux canadiens*, vol. 8. «Wilful Misconduct» de Carswell, à la page 8-817:

[TRADUCTION]

INCONDUITE DÉLIBÉRÉE

Voir également *FAUTE LOURDE, INCONDUITE; FAUTE GRAVE ET VOLONTAIRE; NÉGLIGENCE GRAVE; INCONDUITE GRATUITE; NÉGLIGENCE DÉLIBÉRÉE*.

Cour suprême du Canada

Je suis moi-même incapable de partager l'opinion selon laquelle il est impossible que se présente un cas dans lequel le jury peut, à bon droit, trouver le défendeur coupable de faute lourde tout en refusant de le trouver coupable d'une inconduite délibérée ou gratuite. Toutes ces expressions, faute lourde, inconduite délibérée, inconduite gratuite [dans la *Motor Vehicle Act*, S.N.S. 1932, ch. 6, art. 183] impliquent une conduite dans laquelle, s'il n'y a pas de délit commis consciemment, une personne s'éloigne de façon très marquée des normes que suivent habituellement des personnes responsables et compétentes au volant de véhicules automobiles. Sous réserve de cette précision, je pense qu'il s'agit essentiellement d'une question de fait qui doit être soumise au jury afin que soit décidé si la conduite relève de la faute lourde, de l'inconduite délibérée ou de l'inconduite gratuite. Après tout, ce sont là des mots dont le sens est très clair et qu'un jury ne trouvera pas difficile à appliquer si aucune confusion n'est créée dans son esprit par une analyse verbale trop poussée.

(Motor Vehicles)

McCulloch v. Murray, [1942] R.C.S. 141, page 145, [1942] 2 D.L.R. 179, le juge en chef Duff.

In [*Lewis v. Great Western Railway* L.R. 3 Q.B. D. 195] Brett, L.J., says [at 210]:

In a contract where the term wilful misconduct is put as something different from and excluding negligence of every kind, it seems to me that it must mean the doing of something, or the omitting to do something, which it is wrong to do or omit, where the person who is guilty of the act or the omission knows that the act which he is doing, or that which he is omitting to do, is a wrong thing to do or to omit; and it involves the knowledge of the person that the thing he is doing is wrong.

Bramwell, L.J. says [at 206]:

“Wilful misconduct” means misconduct to which the will is a party. Something opposed to accident or negligence; the misconduct not the conduct, must be wilful.

I have made the foregoing extracts . . . for the purpose of applying them . . .

(Elections)

Young v. Smith (1880), 4 S.C.R. 494 at 510 Henry J.

Alberta

. . . the words “wilful misconduct” as used in s. 285 [of the *Vehicles and Traffic Act*, S.A. 1924, c. 31] mean an act done consciously and intentionally which the doer knew or as a matter of law is presumed to have known was wrongful in the circumstances . . .

(Motor Vehicles)

R. v. Dahl, [1936] 4 D.L.R. 629 at 647, [1936] 3 W. W. R. 385, 67 C.C.C. 37 (Alta. C.A.) McGillivray J.A.

[27] The conduct which the defendant alleges offends this section is the breach of the collision rules and alleged impairment of Gaudet. There is absolutely no indication in the evidence that Gaudet wilfully tried to breach the rules. All we know is that the *Lady Brittany* was being operated without an adequate lookout and the other factors referred to in paragraph 1 of the assignment (Exhibit P-1). There is absolutely no indication of any wilful misconduct on the part of Gaudet. Accordingly, there is no basis for finding that the loss of the plaintiff, Conohan, was caused by the wilful misconduct of Gaudet; therefore the losses are

Dans [*Lewis v. Great Western Railway* L.R. 3 Q.B. D. 195], le lord juge Brett dit ceci [à la page 210]:

Dans un contrat dans lequel l'expression inconduite délibérée est utilisée pour faire la distinction d'avec toute autre forme de négligence et pour s'en exclure, il me semble que cette expression doit signifier le fait de faire quelque chose ou d'omettre de faire quelque chose qu'il est répréhensible de faire ou de ne pas faire, lorsque la personne qui est coupable de l'acte ou de l'omission sait que l'acte qu'elle accomplit, ou qu'elle omet d'accomplir, est un acte qu'il est mal de faire ou de ne pas faire; et cela implique que la personne sait que l'acte qu'elle pose est répréhensible.

Le lord juge Bramwell a dit ceci [à la page 206]:

«Inconduite délibérée» s'entend d'une inconduite qui fait appel à la volonté. C'est quelque chose qui s'oppose à un accident ou à une négligence; l'inconduite, et non pas la conduite, doit être délibérée.

Je reproduits les extraits qui précèdent [. . .] afin de les appliquer [. . .]

(Elections)

Young v. Smith (1880), 4 R.C.S. 494, page 510, le juge Henry.

Alberta

[. . .] les mots «inconduite délibérée» utilisés à l'article 285 [de la *Vehicles and Traffic Act*, S.A. 1924, ch. 31] s'entendent d'un acte fait consciemment et intentionnellement dont l'auteur savait ou en droit était présumé savoir qu'il était répréhensible dans les circonstances [. . .]

(Motor Vehicles)

R. v. Dahl, [1936] 4 D.L.R. 629, page 647, [1936] 3 W. W. R. 385, 67 C.C.C. 37 (C.A. Alb.), le juge McGillivray, J.C.A.

[27] La conduite qui, d'après les allégations de la défenderesse, va à l'encontre de cet article est le manquement aux règles d'abordage et l'ébriété alléguée de Gaudet. La preuve ne renferme absolument aucune indication que Gaudet a sciemment essayé de contrevenir aux règles. Tout ce que nous savons, c'est que le *Lady Brittany* était piloté sans surveillance appropriée, et nous connaissons les autres facteurs dont il est question au paragraphe 1 de la cession (pièce P-1). Il n'y a absolument aucune indication d'inconduite délibérée de la part de Gaudet. Par conséquent, je ne dispose d'aucun fondement pour

not excluded by subsection 53(2) of the Act.

Issue 4

If the *Marine Insurance Act* applies and the answers to questions 2 and 3 are in the affirmative, is the defendant required to indemnify Gaudet and/or the plaintiffs?

[28] Since the answers to questions 2 and 3 are in the negative, there is no necessity to address this issue.

Issue 5

Did Gaudet violate clause 27 of the policy of insurance?

[29] Clause 27 of the policy of insurance states:

Wear and Tear and Wrongful Acts

Further warranted free from any claim for loss, damage, or expense caused by ordinary wear and tear, wilful damage, drunken or impaired operation of the vessel, or other wrongful act or recklessness on the part of the fisherman or his agent or use of the vessel for an illegal purpose.

When you are interpreting a clause contained in a marine insurance policy, you must read the policy as a whole. In so doing, consideration must be given to other clauses contained in the contract.

[30] Clause 16 of the policy is the clause of the policy that provides liability coverage to the insured, Gaudet, for claims made against him by persons to whom he has caused damage. In this case, if the requirements of the clause are satisfied, clause 16 would be there to pay for the plaintiff, Conohan's claims against Gaudet and his vessel. It must be remembered this is not a claim by Gaudet for damages to his own boat. Clause 16 reads:

conclure que la perte du demandeur, Conohan, a été causée par l'inconduite délibérée de Gaudet; les pertes ne sont donc pas exclues du fait de l'application du paragraphe 53(2) de la Loi.

Question 4

Si la *Loi sur l'assurance maritime* s'applique et que les réponses aux questions 2 et 3 sont affirmatives, la défenderesse est-elle tenue d'indemniser Gaudet, ou les demandeurs ou eux tous?

[28] Puisque les réponses aux questions 2 et 3 sont négatives, il n'est pas nécessaire de traiter cette question.

Question 5

Gaudet a-t-il enfreint la clause 27 de la police d'assurance?

[29] La clause 27 de la police d'assurances est rédigé dans les termes suivants:

[TRADUCTION]

Usure normale et actes préjudiciables

Également franc de toute demande d'indemnisation pour pertes, dommages ou frais causés par l'usure normale, des dommages intentionnels, du pilotage du bateau par une personne en état d'ébriété ou avec facultés affaiblies ou de tout autre acte préjudiciable ou téméraire de la part du pêcheur ou de son préposé ou de l'utilisation du bateau pour une fin illégale.

Pour interpréter une clause contenue dans une police d'assurance maritime, il faut lire la police en entier. Il y a donc lieu d'examiner les autres clauses du contrat.

[30] La clause 16 de la police est celle qui fournit une assurance responsabilité à l'assuré, Gaudet, pour les réclamations présentées contre lui par des personnes à qui il a causé des dommages. En l'espèce, si les conditions de la clause sont réunies, la clause 16 servirait à payer les réclamations que le demandeur, Conohan, a déposées contre Gaudet et son bateau. Il faut se rappeler qu'il ne s'agit pas d'une demande de règlement présentée par Gaudet pour des dommages causés à son propre bateau. La clause 16 est rédigée dans les termes suivants:

4/4ths Collision Liability

It is further agreed that if the vessel hereby insured shall come into collision with any other vessel and the insured shall in consequence therefore become liable to pay and shall pay by way of damages to any other person or persons any sum or sums in respect of such collision for:

- a. loss of or damage to any other vessel or property on any other vessel;
- b. delay to or loss of use of any such other vessel or property thereon; or
- c. general average of, salvage of, or salvage under contract of, any other vessel or property thereon.

The insurer will pay the insured such sums so paid provided always that their liability in respect of any one such collision shall not exceed the value of the vessel hereby insured, and in cases in which, with the prior consent in writing of the insurer, the liability of the vessel has been contested or proceedings have been taken to limit liability, they will also pay the costs which the insured shall thereby incur or be compelled to pay; but when both vessels are to blame, then, unless the liability of the owners of one or both of such vessels becomes limited by law, claims under this clause shall be settled on the principle of cross-liabilities as if the owners of each vessel had been compelled to pay to the owners of the other such vessels such one-half or other proportion of the latter's damages as may have been properly allowed in ascertaining the balance or sum payable by or to the insured in consequence of such collision.

Provided always that this clause shall in no case extend or be deemed to extend to any sum which the insured may become liable to pay or shall pay for in respect of:

- a. removal or disposal, under statutory powers or otherwise, of obstruction, wrecks, cargoes or any other thing whatsoever;
- b. any real or personal property or thing whatsoever except other vessels or property on other vessels;
- c. pollution or contamination of any real or personal property or thing whatsoever (except other vessels with which the insured vessel is in collision or property on such other vessels);
- d. the cargo or other property on or the engagements of the insured vessel;
- e. loss of lie, person injury or illness.

[31] It is the defendant, The Cooperators' position that clause 27 applies to the claim of Gaudet for

[TRADUCTION] Indemnisation entière pour responsabilité en cas d'abordage

Il est de plus entendu que si le bateau assuré par les présentes aborde un autre bateau et que l'assuré est en conséquence tenu de payer à une ou plusieurs autres personnes, sous forme de dommages-intérêts, des sommes ayant trait à cet abordage en raison de ce qui suit:

- a. perte de tout autre bateau ou de biens à bord de ce bateau ou dommages causés au bateau ou aux biens;
- b. retard ou perte d'usage de tout autre bateau ou des biens à bord; ou
- c. avarie commune, sauvetage ou sauvetage prévu par contrat de tout autre bateau ou des biens se trouvant à bord,

l'assureur remboursera à l'assuré les sommes ainsi payées pourvu cependant que la responsabilité relativement à l'abordage n'excède pas la valeur du bateau assuré par les présentes, et dans les cas où, moyennant le consentement préalable écrit de l'assureur, la responsabilité du bateau a été contestée ou que des mesures ont été prises pour limiter la responsabilité, il paiera également les frais que l'assuré engagera ou sera contraint de payer; cependant, dans les cas où les deux bateaux ont contribué à l'abordage, alors, à moins que la responsabilité des propriétaires de l'un ou l'autre des bateaux ou des deux ne soit limitée par la loi, les demandes de règlement en vertu de la présente clause seront réglées selon le principe des recours entre co-assurés comme si les propriétaires de chaque bateau avaient été obligés de payer aux propriétaires de l'autre bateau la moitié ou toute autre proportion des dommages causés à ceux-ci et autorisés à bon droit contre vérification du solde ou de la somme payable par l'assuré ou à celui-ci du fait de cet abordage.

Il est entendu également que la présente clause ne peut en aucun cas couvrir ni être réputée couvrir toute somme que l'assuré peut être tenu de payer relativement à ce qui suit:

- a. l'enlèvement ou la destruction, en vertu de pouvoirs prévus par la loi ou autrement, de tout obstacle, épave, chargement ou autre objet, quel qu'il soit;
- b. tout bien réel ou personnel quel qu'il soit, à l'exception des bateaux ou des biens se trouvant à leur bord;
- c. la pollution ou la contamination de biens réels ou personnels, quels qu'ils soient (à l'exception des autres bateaux abordés par le bateau assuré ou des biens se trouvant à leur bord);
- d. la cargaison ou d'autres biens à bord ou les engagements du bateau assuré;
- e. le décès, le préjudice corporel ou la maladie.

[31] La défenderesse, The Cooperators, soutient que la clause 27 s'applique à la demande de règlement de

liability coverage. Its position is that a breach of clause 27 by Gaudet will exempt it from paying Gaudet's liability claim under clause 16 of the contract. I do not agree with that position. An analysis of clause 16 shows that the clause provides liability to the insured but the clause has certain exclusions where the insurer will not pay for its insured's liability claims and those exemptions are listed in paragraphs (a) to (e) at the end of clause 16. The Court has before it a liability clause with its own built-in list of exclusions for a liability claim.

[32] It is my view that clause 27 would apply where Gaudet made a claim for damages to his own boat. By contrast, it is important to look at the wording of clause 27. Clause 27 only excuses the insurer from paying "any claim for loss, damage or expense". On the other hand, by way of comparison, clause 29 of the policy reads as follows:

Radioactive Contamination Exclusion Clause

This clause shall be paramount and shall override anything in this Agreement inconsistent therewith.

a. In no case shall this insurance cover loss, damage, liability or expense directly or indirectly caused by, or contributed to, by or arising from:

- 1) ionizing radiations from, or contamination by, radioactivity from any nuclear fuel or from any nuclear waste or from the combustion of nuclear fuel
- 2) the radioactive, toxic, explosive or other hazardous or contaminating properties of any nuclear installation, reactor or other nuclear assembly or nuclear component thereof
- 3) any weapon of war employing atomic or nuclear fission and/or fusion or other like reaction or radioactive force or matter.

[33] In clause 29, at the beginning of paragraph (a), the defendant states "in no case shall this insurance cover loss, damage, liability or expense". In clause 27, the defendant, when it formed its contract, chose to

Gaudet concernant son assurance responsabilité. Elle soutient que si Gaudet a enfreint la clause 27, elle n'est pas tenue de payer la demande de règlement présentée par Gaudet en vertu de la clause 16 du contrat. Je ne partage pas cette opinion. Une analyse de la clause 16 démontre qu'elle fournit une assurance responsabilité à l'assuré, mais elle renferme certaines exclusions en vertu desquelles l'assureur n'est pas tenu de payer les demandes de règlement de son assuré et ces exceptions sont énumérées aux alinéas (a) à (e) à la fin de la clause 16. La Cour est saisie d'une clause de responsabilité qui renferme sa propre liste d'exclusions en cas de demandes d'indemnisation en matière de responsabilité.

[32] À mon avis, la clause 27 s'appliquerait si Gaudet avait présenté une demande de règlement pour des dommages causés à son propre bateau. Il est important d'examiner le texte de la clause 27. Celle-ci dispense l'assureur de payer [TRADUCTION] «toute demande d'indemnisation pour pertes, dommages ou frais». Par ailleurs, par voie de comparaison, la clause 29 de la police est rédigée comme suit:

[TRADUCTION] Clause d'exclusion en cas de contamination radioactive

La présente clause est prépondérante et prévaut sur toutes les autres clauses du contrat qui sont incompatibles avec elle.

a. La présente assurance ne couvre en aucun cas les pertes, dommages, responsabilités ou frais directement ou indirectement causés, engagés ou subis découlant:

- 1) des rayonnements ionisants ou la contamination par radioactivité provenant de tout combustible nucléaire ou de tout déchet nucléaire ou de la combustion de combustible nucléaire;
- 2) des propriétés radioactives, toxiques, explosives ou autres propriétés dangereuses ou contaminantes de tout réacteur ou installation nucléaire ou de tout autre assemblage ou élément nucléaire qui en fait partie;
- 3) de toute arme de guerre employant la fission atomique ou nucléaire ou la fusion ou les deux ou toute autre réaction semblable ou autre force ou matière radioactive.

[33] À la clause 29, au début du paragraphe a), la défenderesse déclare que [TRADUCTION] «la présente assurance ne couvre en aucun cas les pertes, dommages, responsabilités ou frais». À la clause 27, la

specifically exclude “liability” and to include “loss”. If in this policy the defendant meant for the word loss to include “liability”, why then did it list “liability” as well as loss in clause 29? I can come to no other conclusion than that the word “loss” in clause 27 does not include liability and hence, clause 27 does not apply so as to exclude coverage under clause 16 if the insured’s liability was caused by “drunken or impaired operation of the vessel, or other wrongful act . . . on the part of the fisherman”. Rules of interpretation provide that words are taken to have the same meaning throughout the document. Therefore, as a result of my finding, there is no need to determine whether Gaudet violated clause 27 of the policy as clause 27 does not apply so as to exclude coverage for a liability claim under clause 16 of the policy.

[34] However, if I am in error on this point, I am of the opinion that the defendant did not prove that there was drunken or impaired operation of the boat. There is no doubt that the evidence of some of the witnesses was very confusing with respect to the amount of alcohol consumed by Gaudet. I observed Gaudet and I found him to be a credible witness. According to his testimony, he had a shot of “moonshine” about one and one-half hours after the collision and he vomited this over the side of the boat. He then had another drink of moonshine—a couple of ounces or so. He did not tell the police this, in fact he told Constable Butler he had nothing to drink after the accident. It is not known why he did not tell Constable Butler about drinking the moonshine. I believe it is generally accepted that moonshine is not a legal liquor to have in your possession and that could explain his failure to divulge this fact.

[35] When Laurie Campbell, the toxicologist, testified she stated that if he drank a “slug of shine” which he vomited and then drank two ounces of moonshine at approximately 3:35 a.m. and the moonshine was 80%

défenderesse, quand elle a rédigé le contrat, a choisi d’exclure expressément la «responsabilité» et d’inclure la «perte». Si, dans cette police, la défenderesse avait eu l’intention que le mot perte inclue le mot «responsabilité», pourquoi a-t-elle ajouté le mot «responsabilité» après le mot perte à la clause 29? Je ne peux en venir qu’à une seule conclusion, c’est que le mot «perte» à la clause 27 n’inclut pas la responsabilité et que, donc, la clause 27 ne peut être invoquée pour exclure la protection accordée par la clause 16 si la responsabilité de l’assuré est engagée par suite du [TRADUCTION] «pilotage du bateau par le pêcheur en état d’ébriété ou avec ses facultés affaiblies, ou [. . .] tout autre acte préjudiciable [. . .] de la part du pêcheur». Les règles d’interprétation prévoient que les mots sont censés avoir le même sens dans l’ensemble du document. Par conséquent, par suite de ma conclusion, il n’est pas nécessaire de déterminer si Gaudet a violé la clause 27 de la police, étant donné que la clause 27 ne peut être invoquée pour exclure la protection dans le cas d’une réclamation en matière de responsabilité fondée sur la clause 16 de la police.

[34] Toutefois, si je fais erreur sur ce point, je suis d’avis que la défenderesse n’a pas prouvé qu’il y avait eu pilotage en état d’ébriété ou avec facultés affaiblies. Il ne fait aucun doute que la preuve déposée par certains des témoins était très déroutante concernant la quantité d’alcool qu’avait consommée Gaudet. J’ai observé Gaudet et j’estime qu’il est un témoin digne de foi. Selon son témoignage, il a pris un coup d’alcool de contrebande à peu près une heure et demie après l’abordage, et il l’a vomi par-dessus bord. Il en a ensuite pris une autre gorgée, quelques onces ou l’équivalent. Il ne l’a pas dit à la police, en fait, il a dit à la gendarme Butler qu’il n’avait rien bu après l’accident. On ne sait pas pourquoi il n’a pas dit à la gendarme Butler qu’il avait bu de l’alcool de contrebande. Je pense qu’il est généralement accepté que ce type d’alcool n’est pas une boisson légale qu’une personne peut avoir en sa possession et cela pourrait expliquer son omission.

[35] Quand Laurie Campbell, la toxicologue, a témoigné, elle a déclaré que s’il avait pris un coup d’alcool de contrebande, qu’il l’avait vomi et qu’il avait ensuite pris deux onces d’alcool de contrebande

alcohol, then the readings of 100 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood at 5:38 a.m. and 90 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood at 5:58 a.m., would have been 90 to 133 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood using the first test and 85 to 133 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood using the second test, at the time of the collision. Ms. Campbell further testified that had Gaudet drunk three ounces of moonshine, the levels at the time of the collision would have been 78 to 126 and 83 to 126 respectively. This was moonshine that only contained 60% alcohol. Ms. Campbell was asked what the readings would be if Gaudet had the three ounces of moonshine plus one beer after the collision and she replied that the readings at the time of the collision would have been 58 to 106 and 63 to 106. Ms. Campbell, on direct examination stated:

Q. Okay, now in that hypothetical you provide that range and you initially had it 137 to 184—is slightly higher if the accident was a little bit earlier—given that range, what is your best opinion as to such an individual's likely blood alcohol content?

A. Okay, well, he could have been at either end of the range. My best opinion would be that it was somewhere in the middle of the range.

[36] If Gaudet's blood alcohol level was at the lower end after having two ounces of moonshine, his reading at the time of the collision would have been 90 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood. By Ms. Campbell's evidence, he would not be impaired as she only stated that all people are impaired when their blood/alcohol level is 100 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood. When you couple this with evidence about Gaudet at the scene of the collision which, according to Conohan was:

1. He could understand Gaudet and Gaudet told him his name;
2. Gaudet asked Conohan if he was all right a number of times;

à 80 %, aux environs de 3 h 35 du matin, alors les résultats de 100 milligrammes d'alcool pour 100 millilitres de sang à 5 h 38 et de 90 milligrammes d'alcool pour 100 millilitres de sang à 5 h 58, auraient plutôt été de 90 à 133 milligrammes d'alcool pour 100 millilitres de sang, pour le premier échantillon, et de 85 à 133 milligrammes d'alcool pour 100 millilitres de sang, pour le deuxième échantillon, au moment de l'abordage. M^{me} Campbell a de plus déclaré dans son témoignage que si Gaudet avait bu trois onces d'alcool de contrebande, son alcoolémie au moment de l'abordage aurait été de 78 à 126 et de 83 à 126 respectivement. Il s'agissait d'alcool à 60 % seulement. On a demandé à M^{me} Campbell quels auraient été les résultats si Gaudet avait bu trois onces d'alcool de contrebande plus une bière après l'abordage, et elle a répondu que les résultats au moment de l'abordage auraient été de 58 à 106 et de 63 à 106. En interrogatoire principal, M^{me} Campbell a déclaré ceci:

[TRADUCTION]

Q. D'accord, maintenant à partir de cette hypothèse, vous avez établi une plage que vous avez fixée initialement entre 137 et 184—elle serait légèrement plus élevée si l'accident s'était produit un peu plus tôt—, étant donné cette plage, quelle est votre meilleure appréciation quant à l'alcoolémie probable d'une personne dans cette situation?

R. Bon, il aurait pu se trouver à l'une ou l'autre extrémité de la plage. Ma meilleure appréciation serait qu'il se situait quelque part au milieu.

[36] Si l'alcoolémie de Gaudet était à l'extrémité inférieure après avoir bu deux onces d'alcool de contrebande, le résultat au moment de l'abordage aurait été de 90 milligrammes d'alcool pour 100 millilitres de sang. Selon le témoignage de M^{me} Campbell, ses facultés n'auraient pas été affaiblies étant donné qu'elle a simplement déclaré que les facultés de tout le monde sont affaiblies quand l'alcoolémie est de 100 milligrammes d'alcool pour 100 millilitres de sang. Si l'on jumelle cette affirmation à la preuve suivante donnée par Conohan concernant Gaudet sur la scène de l'abordage:

1. Il pouvait comprendre Gaudet et Gaudet lui a donné son nom;
2. À plusieurs reprises, Gaudet a demandé à Conohan s'il n'avait rien;

3. Gaudet circled Conohan's boat to watch his boat;

3. Gaudet a fait le tour du bateau de Conohan pour le surveiller;

4. Gaudet stayed closest to Conohan's boat on the way to Souris.

4. Gaudet est resté au plus près du bateau de Conohan en route vers Souris.

[37] It is important to note that there was no evidence of slurred speech or erratic steering of the boat which could be evidence of impaired or drunken operation of the boat. On the basis of this evidence, I am not prepared to find that Gaudet was impaired or drunk at the time of the collision, therefore, there was not impaired or drunken operation of the boat.

[37] Il est important de noter qu'il n'y a pas de preuve d'empâtement de l'élocution ou de conduite erratique du bateau, ce qui pourrait être une preuve de pilotage avec facultés affaiblies ou en état d'ébriété. D'après cette preuve, je ne suis pas disposé à conclure que les facultés de Gaudet étaient affaiblies ou qu'il était en état d'ébriété au moment de l'abordage et, par conséquent, il n'y a donc pas eu de pilotage du bateau avec facultés affaiblies ou en état d'ébriété.

[38] The plaintiff has urged upon me that the liability coverage is a separate contract apart from the rest of the policy and cites as his authority for this position, *Marine Insurance: A Handbook*, William Gow, 2nd ed., pages 242-243 and 253. This clause that provides for the insured's collision coverage became known as the "Running-down Clause" and Gow had this to say about the clause at pages 243 and 253:

[38] Le demandeur me demande instamment de conclure que l'assurance responsabilité est un contrat distinct du reste de la police et il cite, pour appuyer sa position, l'ouvrage de William Gow, *Marine Insurance: A Handbook*, 2^e éd., aux pages 242, 243 et 253. La clause qui traite de la protection de l'assuré en cas d'abordage est connue sous le nom de «clause d'abordage». Gow en dit ceci aux pages 243 et 253:

Running-down Clause.—As the shipowner had no protection from his ordinary policy in the matter of his collision liabilities, it became necessary to draw up a special contract to cover him. This contract is known as the collision clause, or as it is better named the running-down clause (R.D.C.). It is now extremely unusual to find a ship policy without some form of this contract either printed in it in the body of the text, or in the margin, or attached to the policy.

[TRADUCTION]

Clause d'abordage.—Comme le propriétaire du bateau n'avait aucune protection dans sa police ordinaire pour ce qui est de sa responsabilité en cas d'abordage, il est devenu nécessaire d'établir un contrat spécial pour le protéger. Ce contrat est connu sous le nom de clause d'abordage. Il est maintenant tout à fait inhabituel d'établir une police maritime sans trouver ce contrat sous une forme ou une autre, soit dans le corps du texte, soit dans la marge ou dans un document joint à la police.

Items included in Collision Claims.—It is to be remarked that as the running-down clause is not part of the ordinary policy of marine insurance, but is a separate contract, it is not interpreted with the same strict reference to the doctrine of proximate cause as the policy is. In the running-down clause one is no longer dealing with a contract of indemnity for material damage immediately resulting from certain named perils, but with a guarantee of repayment of a stated proportion of liabilities involuntarily incurred by the assured.

Ce qui est inclus dans la clause d'abordage.—Il convient de faire remarquer que, comme la clause d'abordage ne fait pas partie de la police d'assurance maritime ordinaire, puisqu'elle est un contrat distinct, elle n'est pas interprétée aussi strictement au regard de la doctrine de la cause immédiate du dommage que la police elle-même. Dans la clause d'abordage, il n'est plus question d'un contrat d'indemnisation pour les dommages matériels résultant immédiatement de certains périls explicitement désignés, mais d'une garantie de remboursement dans une proportion déterminée de la responsabilité involontairement engagée par l'assuré.

I do not find it necessary to come to a conclusion on this argument because of my earlier findings.

J'estime qu'il n'est pas nécessaire d'en venir à une conclusion sur cet argument en raison de mes conclusions antérieures.

Issue 6

If Gaudet violated clause 27 of the policy of insurance, is the defendant required to indemnify Gaudet and/or the plaintiffs?

[39] As I have found that clause 27 has no application to clause 16, there is no need to discuss a violation of clause 27.

[40] At trial, the defendant argued that due to clause 16 of the policy, it does not have to pay Gaudet. For ease of reference, clause 16 of the policy reads in part:

4/4ths Collision Liability

It is further agreed that if the vessel hereby insured shall come into collision with any other vessel and the insured shall in consequence therefore become liable to pay and shall pay by way of damages to any other person or persons any sum or sums in respect of such collision for:

- a. loss of or damage to any other vessel or property on any other vessel;
- b. delay to or loss of use of any such other vessel or property thereon; or
- c. general average of, salvage of, or salvage under contract of, any other vessel or property thereon.

[41] The defendant stated that it is only liable to pay Gaudet if Gaudet has “become liable to pay and shall pay by way of damages to any other person any sum”. Since Gaudet has not paid any sum to Conohan, the defendant states that it does not have to pay any sum to the plaintiffs who, by the assignment, stand in the shoes of Gaudet. It is clear that the plaintiffs only have the claims that Gaudet had against the defendant. I am of the opinion that the words used in clause 16 clearly require that Gaudet first pay the claim of the plaintiff, Conohan, before he makes a claim to his insurer for the amount (see *Firma C — Trade S.A. v. Newcastle Protection and Indemnity Assn.*, [1990] H.L.J. No. 33 (QL)). For this reason, the defendant is not required to pay the claims of the plaintiffs.

Question 6

Si Gaudet a enfreint la clause 27 de la police d'assurance, la défenderesse est-elle tenue d'indemniser Gaudet, ou les demandeurs ou eux tous?

[39] Étant donné que j'ai conclu que la clause 27 ne s'appliquait pas à la clause 16, il n'est pas nécessaire de discuter de la violation de la clause 27.

[40] À l'instruction, la défenderesse a prétendu qu'en raison de la clause 16 de la police, elle n'était pas tenue de payer Gaudet. Pour faciliter la consultation, je répète une partie de la clause 16 de la police:

[TRADUCTION] Indemnisation entière pour responsabilité en cas d'abordage

Il est de plus entendu que si le bateau assuré par les présentes aborde un autre bateau et que l'assuré est en conséquence tenu de payer à une ou plusieurs autres personnes, sous forme de dommages-intérêts, des sommes ayant trait à cet abordage en raison de ce qui suit:

- a. perte de tout autre bateau ou de biens à bord de ce bateau ou dommages causés au bateau ou aux biens;
- b. retard ou perte d'usage de tout autre bateau ou des biens à bord; ou
- c. avarie commune, sauvetage ou sauvetage prévu par contrat de tout autre bateau ou des biens se trouvant à bord.

[41] La défenderesse a déclaré qu'elle est uniquement tenue de payer Gaudet si Gaudet est [TRADUCTION] «tenu de payer à une ou plusieurs autres personnes, sous forme de dommages-intérêts, des sommes». Comme Gaudet n'a versé aucune somme d'argent à Conohan, la défenderesse déclare qu'elle n'est pas tenue de verser un quelconque montant aux demandeurs qui, du fait de la cession, sont subrogés dans les droits de Gaudet. Il est clair que les demandeurs ne peuvent pas faire valoir plus de droits que Gaudet en avait contre la défenderesse. Je suis d'avis que les mots utilisés à la clause 16 exigent manifestement que Gaudet paie d'abord la réclamation du demandeur, Conohan, avant de s'adresser à son assureur pour être remboursé du montant correspondant (voir *Firma C — Trade S.A. v. Newcastle Protection and Indemnity Assn.*, [1990] H.L.J. n° 33 (QL)). Pour cette raison, la défenderesse n'est pas tenue de payer les réclamations des demandeurs.

Issue 7

If the defendant is required to indemnify Gaudet and/or the plaintiffs, what is the quantum of damages suffered?

[42] If I am in error with respect to liability, I would establish the damages as follows:

1. The sum of \$66,155.80 being the agreed upon *quantum* of damages to the *Cape Light II*.

2. The claim of the plaintiff, Conohan, for lost tuna and possibly the losses with respect to his scallop project are not allowed as these damages have not been proved. I have no doubt that Conohan is an excellent fisherman but I simply do not have the facts necessary to set a figure on his losses.

3. The claim for punitive or exemplary damages is not allowed as the evidence to support a claim for these types of damages has not been established. The conduct of the defendant does not merit punishment by an award of these types of damages.

[43] The parties have asked to make submissions to me with respect to costs and interest and I would order that such submissions be made by December 20, 2000.

ORDER

[44] IT IS ORDERED that this action be dismissed.

[45] IT IS FURTHER ORDERED that written submissions be made with respect to costs and interest by December 20, 2000.

Question 7

Si la défenderesse est tenue d'indemniser Gaudet, ou les demandeurs ou eux tous, quel est le montant des dommages subis?

[42] Si j'ai tort au sujet de la responsabilité, j'établirais les dommages de la façon suivante:

1. La somme de 66 155,80 \$ étant le montant convenu des dommages causés au *Cape Light II*.

2. Les réclamations du demandeur, Conohan, pour le thon qu'il a perdu et peut-être les pertes concernant son projet de pêche aux pétoncles ne sont pas autorisées étant donné que ces dommages n'ont pas été prouvés. Je ne doute nullement que Conohan soit un excellent pêcheur, mais je n'ai tout simplement pas les faits nécessaires pour établir le montant exact de ses pertes.

3. La demande de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires n'est pas accueillie étant donné que la preuve devant appuyer une demande concernant ce type de dommages n'a pas été établie. La conduite de la défenderesse ne mérite pas d'être punie pas l'octroi de ce type de dommages-intérêts.

[43] Les parties ont demandé à me présenter des arguments concernant les frais et les intérêts et j'ordonne que ces arguments soient déposés au plus tard le 20 décembre 2000.

ORDONNANCE

[44] LA COUR ORDONNE que l'action soit rejetée.

[45] LA COUR ORDONNE EN OUTRE que les arguments écrits concernant les frais et intérêts soient présentés au plus tard le 20 décembre 2000.

T-1692-99

Bayside Towing Ltd., Eugene Beckstrom and William Frizell (*Applicants/Plaintiffs*)

v.

Canadian Pacific Railway Company, B.C. Tel and Rivtow Marine Ltd. (*Respondents/Defendants*)

INDEXED AS: BAYSIDE TOWING LTD. v. CANADIAN PACIFIC RAILWAY CO. (T.D.)

Trial Division, Gibson J.—Calgary, October 26; Ottawa, November 28, 2000.

*Maritime Law — Torts — Limitation of liability — Tug boat towing chip scow on B.C. river — Scow hitting CPR bridge, causing extensive damage — CPR claiming damages against owners of tug, tow — Plaintiffs seeking limitation of liability under Canada Shipping Act, s. 577(1)(b) — Whether limitation fund should be based on tonnage of tug alone or on combined tonnages of tug, tow — Appropriate case for summary judgment — Damage not caused by personal act or omission, with intent to cause loss — Applicants entitled to limit liability under Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976 — Rationale for limitation of liability resting on public policy concerns, not on justice — “Flotilla principle”, “wrong-doing mass” doctrine applicable in Canadian law where common ownership of vessels, common causation of damage — S.C.C. case *The Rhône* followed — Limitation of liability to be calculated on tonnage of tug alone — 1998 amendments to Act not creating new Canadian “flotilla principle”.*

This was an application for summary judgment in which the applicants/plaintiffs sought, *inter alia*, a declaration that they were entitled to limit their liability, following a bridge collision, to \$515,183.44 under paragraph 577(1)(b) of the *Canada Shipping Act*. The tug boat *Sheena M* was towing a loaded chip scow, the *Rivtow 901*, on the Fraser River in British Columbia when the latter hit the protection pier and the swing-span of the Mission Railway Bridge, causing it extensive damage. In October 1999, Canadian Pacific Railway Co., one of the respondents/defendants, commenced an action against the plaintiffs, claiming general and special

T-1692-99

Bayside Towing Ltd., Eugene Beckstrom et William Frizell (*requérants/demandeurs*)

c.

Canadien Pacifique Limitée, B.C. Tel et Rivtow Marine Ltd. (*intimées/défenderesses*)

RÉPERTORIÉ: BAYSIDE TOWING LTD. c. CANADIEN PACIFIQUE LTÉE (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Gibson—Calgary, 26 octobre; Ottawa, 28 novembre 2000.

*Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Limitation de la responsabilité — Un remorqueur a tiré un chaland à copeaux sur un fleuve de la C.-B. — Le chaland a heurté un pont appartenant à CP, causant d'importants dommages — CP a réclamé des dommages-intérêts aux propriétaires du remorqueur et du bâtiment remorqué — Les demandeurs ont voulu limiter leur responsabilité en vertu de l'art. 577(1)(b) de la Loi sur la marine marchande du Canada — Le fonds de limitation devait-il être calculé en fonction de la jauge du remorqueur seulement ou des jauges combinées du remorqueur et du bâtiment remorqué? — L'instance pouvait être tranchée par voie de jugement sommaire — Les dommages ne résultaient pas d'un fait ou d'une omission personnels, commis avec l'intention de provoquer un tel dommage — Les demandeurs avaient le droit de limiter leur responsabilité par application de la Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes — La raison d'être de la limitation de responsabilité repose sur des préoccupations d'ordre public et non sur des considérations de justice — Le «principe de la flottille» et le concept de la «masse fautive» s'appliquent en droit canadien lorsqu'il y a un propriétaire commun des navires et une cause commune des dommages — L'arrêt *Le Rhône* de la C.S.C. a été suivi — La limitation de la responsabilité doit être calculée en fonction de la jauge du remorqueur seulement — Les modifications de 1998 apportées à la Loi n'ont pas créé un nouveau «principe de la flottille» canadien.*

Il s'agissait d'une requête en jugement sommaire présentée par les requérants/demandeurs en vue d'obtenir notamment un jugement déclaratoire portant qu'ils avaient le droit de limiter leur responsabilité découlant d'une collision avec un pont à 515 183,44 \$ par application de l'alinéa 577(1)(b) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Le remorqueur *Sheena M* remorquait un chaland chargé de copeaux, le *Rivtow 901*, sur le fleuve Fraser en Colombie-Britannique, lorsque ce dernier a heurté la pile de protection et la travée tournante du pont ferroviaire de Mission, causant d'importants dommages. En octobre 1999, Canadien Pacifique Ltée,

damages of more than 5 million dollars. Shortly after, Hargrave P. constituted an "interim" limitation fund in respect of the plaintiffs' liability, without prejudice to the right of any defendant to argue that such fund should be calculated based upon the combined tonnages of the *Sheena M* and the *Rivtow 901*. The main issue on this application was whether the limitation fund should be based on the tonnage of the *Sheena M* alone in accordance with Hargrave P.'s order or on the basis of the combined tonnages of the *Sheena M* and the *Rivtow 901*.

Held, the application should be allowed.

This was an appropriate case for disposition by summary judgment. It was conceded that the damage was not caused by a "personal act or omission", with "intent to cause such loss", or "recklessly, with knowledge that such loss would probably result". Therefore, by virtue of Article 4 of the *Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976*, the applicants/plaintiffs were entitled to limit their liability. The Supreme Court of Canada decision in *Rhône (The) v. Peter A.B. Widener (The)* is the leading case in Canada on calculation of the *quantum* of a limitation fund in tug and barge situations. The situations in that case and in the present case were similar, as well as the issues of limitation of liability and the basis of calculation of any limitation of liability. There was, however, a distinguishing feature resulting from the enacting of the 1998 amendments to the *Canada Shipping Act* that implemented the Protocol of 1996 to the Convention. What is commonly known as the "flotilla principle" and its application where ships, including a dumb barge, are in different ownership was before the Supreme Court of Canada in *The Rhône*. The purpose of the limitation provisions is to promote commerce and international trade by affording shipowners protection from the full impact and perhaps ruinous pecuniary liability arising from acts of navigation over which they have no personal control. It was also said that the rationale for limitation of liability rests on public policy concerns rather than on considerations of justice. Thus, at the time of the decision in *The Rhône*, the flotilla principle or the concept of "wrongdoing mass" remained alive and well in Canada, notwithstanding that it may no longer have been the law in England; however, it applied only in circumstances of common ownership of the vessels comprising the "wrongdoing mass", as well as common causation, and this, by reason of public policy concerns and not necessarily on considerations of justice.

l'une des intimées/défenderesses, a intenté une action contre les demandeurs, réclamant des dommages intérêts généraux et spéciaux de plus de 5 millions de dollars. Peu après, le protonotaire Hargrave a constitué un fonds de limitation «provisoire» relativement à la responsabilité des demandeurs, sous réserve du droit de tout défendeur de plaider que ce fonds devait être calculé en fonction des jauges combinées du *Sheena M* et du *Rivtow 901*. La principale question en litige dans la requête était de savoir si le fonds de limitation devait être établi en fonction de la jauge du *Sheena M* seulement, conformément à l'ordonnance du protonotaire Hargrave, ou en fonction des jauges combinées du *Sheena M* et du *Rivtow 901*.

Jugement: la requête est accueillie.

Il s'agissait d'une instance qui pouvait être tranchée par voie de jugement sommaire. Les parties ont convenu que les dommages ne résultaient pas d'un «fait ou [d'une] omission personnels, commis avec l'intention de provoquer un tel dommage», ni «commis témérement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement». Par conséquent, les requérants/demandeurs avaient le droit de limiter leur responsabilité en vertu de l'Article 4 de la *Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes*. L'arrêt de principe applicable au Canada pour calculer le montant d'un fonds de limitation relatif à un remorqueur et à un chaland est l'arrêt *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)* prononcé par la Cour suprême du Canada. Les faits de cette affaire et de la présente affaire présentaient des similitudes, tout comme les questions de la limitation de responsabilité et du fondement du calcul de la limite de la responsabilité. Un élément distinguait toutefois les deux affaires, soit l'édiction des modifications apportées à la *Loi sur la marine marchande* en 1998 dans le but de mettre en œuvre le Protocole de 1996 modifiant la Convention. Dans l'affaire *Le Rhône*, la Cour suprême du Canada devait se prononcer sur ce qu'on appelle couramment le «principe de la flotille» et sur son application dans le cas de navires, dont un chaland non propulsé, appartenant à différents propriétaires. Les dispositions en matière de limitation de responsabilité ont pour objet de favoriser le commerce et les échanges internationaux en accordant aux propriétaires de navire une protection contre toutes les conséquences, pouvant aller jusqu'à une responsabilité pécuniaire ruineuse, d'actes de navigation sur lesquels ils n'ont personnellement aucun contrôle. La Cour a aussi dit que la raison d'être de la limitation de responsabilité reposait sur des préoccupations d'ordre public et non pas sur des considérations de justice. Ainsi, au moment du prononcé de l'arrêt *Le Rhône*, le principe de la flotille ou le concept de la «masse fautive» existaient toujours et se portaient bien au Canada, malgré la possibilité qu'ils ne correspondent plus à l'état du droit en Angleterre; mais ils ne s'appliquaient qu'en présence d'un «propriétaire commun» des bâtiments formant la «masse fautive», ainsi que d'une «cause commune» et ce, pour des préoccupations d'ordre public et non pas nécessairement pour des considérations de justice.

Another issue raised by counsel for CPR was whether the traditional Canadian “flotilla principle” was satisfied on the facts of this case. Paragraph 2 of Article 1 of the Convention defines the term “shipowner” in words narrower than those reflected in subsection 576(3) of the Act, as enacted in the 1998 amendments to the Act. Although the new wording of the legislation extends the concept “shipowner” well beyond traditional concepts of ownership, the addition of the definition “shipowner”, through the 1998 amendments, amounted to nothing more than a drafting device which shortened and simplified the provisions of the Act without effecting any change in substance. The law before the Court was in substance the same as the law that was before the Supreme Court of Canada in *The Rhône*. Against the traditional Canadian “flotilla principle”, the limitation of liability should be calculated on the tonnage of the tug *Sheena M* alone and not according to the combined tonnage of the *Sheena M* and the dumb barge *Rivtow 901*.

Counsel for CPR also argued that the 1998 amendments created a new Canadian “flotilla principle” under which “causative negligence” and “common ownership” were no longer relevant considerations. In view of the decision in *The Rhône*, and in light of the lack of any clear intention on the face of the 1998 amendments to the Act or any clear policy statement to the effect that the intention in enacting those amendments was to fundamentally alter the “flotilla principle” as it applied in Canada, such argument could not succeed. Any intent on the part of Parliament to modify the existing Canadian “flotilla principle” was not clear from the words adopted in the 1998 amendments. To the extent that the Court could rely on policy statements made in relation to the intent regarding the Convention and in relation to the 1998 amendments, any such policy intention would appear to be negated by those statements. The concept of liability on a rather broad definition of “shipowner” was not new with the 1998 amendments. The only change in this regard made by those amendments was a drafting change, not a policy change. The question as to whether the 1998 amendments to the Act reflect a new Canadian “flotilla principle” must be answered in the negative.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Shipping Act*, R.S.C. 1970, c. S-9, ss. 647, 649.
Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, ss. 574 (as am. by S.C. 1998, c. 6, s. 2), 575 (as am. *idem*), 576 (as am. *idem*), 577 (as am. *idem*), 581(1)(a) (as am. *idem*).
Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976, as amended by the Protocol of 1996 to amend the Convention on Limitation of Liability for

L’avocat de CP a aussi soulevé la question de savoir si les faits de l’espèce satisfaisaient au «principe de la flottille» canadien traditionnel. Le paragraphe 2 de l’article premier de la Convention définit l’expression «propriétaire de navire» dans des termes plus étroits que ceux employés au paragraphe 576(3) de la Loi, tel qu’il a été édicté par les modifications de 1998. Bien que le nouveau libellé de la Loi élargisse le concept de «propriétaire de navire» au-delà des concepts traditionnels de propriété, l’ajout de la définition de l’expression «propriétaire de navire», par les modifications de 1998, ne constituait rien de plus qu’un mécanisme de rédaction qui a raccourci et simplifié les dispositions de la Loi sans y apporter de changement substantiel. La loi que la Cour devait appliquer était donc identique, pour l’essentiel, à la loi que la Cour suprême du Canada avait appliquée dans l’arrêt *Le Rhône*. Selon le «principe de la flottille» canadien traditionnel, la limite de la responsabilité doit être calculée en fonction de la jauge du remorqueur *Sheena M* seulement et non des jauges combinées du *Sheena M* et du chaland non propulsé *Rivtow 901*.

L’avocat de CP a aussi fait valoir que les modifications de 1998 avaient créé un nouveau «principe de la flottille» canadien en application duquel la «négligence causale» et l’existence d’un «propriétaire commun» ne constituaient plus des facteurs pertinents. Compte tenu de l’arrêt *Le Rhône* et de l’absence d’intention claire qui ressortirait des modifications législatives de 1998 ou d’un énoncé de politique clair précisant que ces modifications ont été édictées avec l’intention de modifier fondamentalement le «principe de la flottille» tel qu’il s’appliquait au Canada, cet argument ne pouvait être retenu. Toute intention de la part du législateur de modifier le «principe de la flottille» canadien existant ne ressort pas clairement des modifications de 1998. Dans la mesure où la Cour peut tenir compte des énoncés de politique formulés au sujet de l’intention relative à la Convention et aux modifications de 1998, ces énoncés semblent contredire pareille intention quant aux principes. Le concept de la responsabilité fondé sur une définition plutôt large de l’expression «propriétaire de navire» n’a pas été introduit par les modifications de 1998. Le seul changement à cet égard apporté par ces modifications législatives consistait en un changement sur le plan de la rédaction et non des principes. La question de savoir si les modifications législatives de 1998 reflètent un nouveau «principe de la flottille» canadien doit recevoir une réponse négative.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes telle que modifiée par le Protocole de 1996 modifiant la Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes*, étant l’annexe VI de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9 (édité par L.C. 1998, ch. 6, art. 26), art. 1, 4.

Maritime Claims, 1976, being Schedule VI of the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9 (as enacted by S.C. 1998, c. 6, s. 26), Arts. 1, 4.

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 213(1), 216.

Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 574 (mod. par L.C. 1998, ch. 6, art. 2), 575 (mod., *idem*), 576 (mod., *idem*), 577 (mod., *idem*), 581(1)(a) (mod., *idem*).

Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, ch. S-9, art. 647, 649.

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 213(1), 216.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Rhône (The) v. Peter A.B. Widener (The), [1993] 1 S.C.R. 497; (1993), 101 D.L.R. (4th) 188; 148 N.R. 349.

CONSIDERED:

Sir Joseph Rawlinson, The, [1972] 2 Lloyd's Rep. 437 (Q.B.).

REFERRED TO:

Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd., [1996] 2 F.C. 853; (1996), 111 F.T.R. 189 (T.D.); *Bramley Moore, The*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 429; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1991] 1 F.C. 18; (1990), 71 D.L.R. (4th) 661; 32 C.C.E.L. 276; 12 C.H.R.R. D/355; 90 CLLC 17,021 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1.

AUTHORS CITED

Canada. Standing Senate Committee on Transport and Communications. *Proceedings*, Issue No. 3 (December 2, 1997).

Davison, Richard and Anthony Snelson. *The Law of Towage*. London: Lloyd's of London Press, 1990.

Griggs, Patrick and Richard Williams. *Limitation of Liability for Maritime Claims*, 3rd ed. London: LLP, 1998.

Transports Canada. Marine Policy and Programs. *Limitation of Liability for Maritime Claims: Discussion Paper*. Ottawa: Transport Canada, 1993.

APPLICATION for a summary judgment in which the applicants/plaintiffs sought, *inter alia*, a declaration that they were entitled to limit their liability, in respect of a bridge collision, to \$500,000 plus interest to the date of constitution of a limitation fund under para-

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le), [1993] 1 R.C.S. 497; (1993), 101 D.L.R. (4th) 188; 148 N.R. 349.

DÉCISION EXAMINÉE:

Sir Joseph Rawlinson, The, [1972] 2 Lloyd's Rep. 437 (Q.B.).

DÉCISIONS CITÉES:

Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd., [1996] 2 C.F. 853; (1996), 111 F.T.R. 189 (1^{re} inst.); *Bramley Moore, The*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 429; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1991] 1 C.F. 18; (1990), 71 D.L.R. (4th) 661; 32 C.C.E.L. 276; 12 C.H.R.R. D/355; 90 CLLC 17,021 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1.

DOCTRINE

Canada. Comité sénatorial permanent des transports et des communications. *Délibérations*, Fascicule n° 3 (2 décembre 1997).

Davison, Richard and Anthony Snelson. *The Law of Towage*. London: Lloyd's of London Press, 1990.

Griggs, Patrick and Richard Williams. *Limitation of Liability for Maritime Claims*, 3rd ed. London: LLP, 1998.

Transports Canada. Politiques et programmes maritimes. *La limitation de responsabilité en matière de créances Maritimes: document de travail*. Ottawa: Transports Canada, 1993.

REQUÊTE en jugement sommaire présentée par les requérants/demandeurs en vue d'obtenir notamment un jugement déclaratoire portant qu'ils ont le droit de limiter leur responsabilité, relativement à une collision avec un pont, à 500 000 \$ plus les intérêts à la date de

graph 577(1)(b) of the *Canada Shipping Act*. Application allowed.

la constitution d'un fonds de limitation en vertu de l'alinéa 577(1)(b) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Requête accueillie.

APPEARANCES:

David F. McEwen for applicants/plaintiffs.

William M. Everett and *James D. Fraser* for respondent/defendant Canadian Pacific Railway Co.

No one appeared for respondent/defendant Rivtow Marine Ltd.

ONT COMPARU:

David F. McEwen pour les requérants/demandeurs.

William M. Everett et *James D. Fraser* pour l'intimée/défenderesse Canadien Pacifique Ltée.

Personne n'a comparu pour l'intimée/défenderesse Rivtow Marine Ltd.

SOLICITORS OF RECORD:

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, for applicants/plaintiffs.

Lawson Lundell Lawson & McIntosh, Vancouver, for respondent/defendant Canadian Pacific Railway Co.

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, for respondent/defendant Rivtow Marine Ltd.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, pour les requérants/demandeurs.

Lawson Lundell Lawson & McIntosh, Vancouver, pour l'intimée/défenderesse Canadien Pacifique Ltée.

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, pour l'intimée/défenderesse Rivtow Marine Ltd.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

GIBSON J.:

LE JUGE GIBSON:

BACKGROUND

LE CONTEXTE

[1] On the evening of June 1, 1999, Captain Eugene Beckstrom took charge, as relief master, of the tug boat *Sheena M*, a 33.5 foot long steel tug of 9.99 registered tons, powered by twin 300 horsepower diesel engines. At the time he took charge, the *Sheena M* was in the course of towing an unloaded scow up the Fraser River to a location at Mission, British Columbia where the scow was to be berthed. The *Sheena M* was then to take into tow a loaded chip scow, the *Rivtow 901*, and return down river with the *Rivtow 901*. William Frizell was the sole deck hand on board the *Sheena M*.

[1] Dans la soirée du 1^{er} juin 1999, le capitaine Eugene Beckstrom a pris en charge, en qualité de capitaine de relève, le remorqueur *Sheena M*, un remorqueur d'acier qui mesure 33,5 pieds de long, qui a une jauge brute de 9,99 tonneaux, selon le registre, et qui est mû par des moteurs diesel jumelés de 300 chevaux-vapeur. Au moment de cette prise en charge, le *Sheena M* remontait le fleuve Fraser en remorquant un chaland non chargé vers un endroit situé à Mission (Colombie-Britannique), où le chaland devait accoster. Le *Sheena M* devait ensuite redescendre le fleuve en remorquant un chaland à copeaux chargé, le *Rivtow 901*. William Frizell était le seul matelot à bord du *Sheena M*.

[2] The up-river portion of the voyage proceeded without incident. The unloaded scow was berthed. The *Sheena M* then took into tow the *Rivtow 901* which

[2] La remontée du fleuve s'est déroulée sans incident. Le chaland non chargé a accosté. Le *Sheena M* a ensuite pris en remorque le *Rivtow 901*,

relied on tug boats for its movements and therefore was a “dumb” barge as that term is used in some of the case law which will be referred to later in these reasons.

[3] At an early stage in the down-river tow, the *Sheena M* and *Rivtow 901* had to pass through the open swing-span of the Mission Railway Bridge that spans the Fraser River between the cities of Mission and Abbotsford, both in British Columbia. The transit through the open swing-span was not successfully completed. At approximately 12:40 a.m. on June 2, 1999, the starboard side, midship, of the *Rivtow 901* hit the upstream side of the protection pier of the bridge and then hit the swing-span itself, dislodging it from its pivot and pushing it in a down-river direction.

[4] In the result, this action was commenced by statement of claim filed September 23, 1999 in which the plaintiffs seek, *inter alia*, a declaration that they are entitled to limit their liability in respect of the bridge collision to \$500,000 plus interest to the date of constitution of a limitation fund pursuant to paragraph 577(1)(b) of the *Canada Shipping Act*¹ (the Act) and an order constituting the limitation fund pursuant to paragraph 581(1)(a) [as am. by S.C. 1998, c. 6, s. 2] of the Act.

[5] On October 28, 1999, Canadian Pacific Railway Company (CPR) commenced an action in this Court against the plaintiffs herein, the owners and all others interested in the ship *Sheena M*, the owners and all others interested in the ship *Rivtow 901* and Rivtow Marine Ltd. claiming, *inter alia*, general and special damages estimated to be in excess of five million dollars arising out of the plaintiffs’ navigation, management or operation of the *Sheena M* and *Rivtow 901* that resulted in the collision of the *Rivtow 901* with CPR’s Mission Railway Bridge.

[6] By order dated November 2, 1999, Prothonotary Hargrave constituted an “interim” limitation fund in respect of the liability of the plaintiffs in this action and “the *Sheena M*, and any person entitled to the protection of the limitation fund”. Prothonotary

qui ne pouvait se déplacer sans remorqueur et qui était donc un chaland «non propulsé» au sens où cette expression est utilisée dans certaines décisions mentionnées plus loin dans les présents motifs.

[3] Peu après avoir commencé à descendre le fleuve, le *Sheena M* et le *Rivtow 901* devaient passer par l’ouverture de la travée tournante du pont ferroviaire de Mission qui enjambe le fleuve Fraser entre les villes de Mission et d’Abbotsford, situées toutes les deux en Colombie-Britannique. Cette manœuvre a échoué. À environ 0 h 40, le 2 juin 1999, le milieu du flanc du *Rivtow 901* a heurté, à tribord, le côté amont de la pile de protection du pont, puis la travée tournante même, la délogeant de son pivot et la poussant vers l’aval.

[4] À la suite de cet incident, les demandeurs ont introduit la présente action en déposant, le 23 septembre 1999, une déclaration dans laquelle ils sollicitent notamment un jugement déclaratoire portant qu’ils ont le droit de limiter leur responsabilité relativement à la collision avec le pont à 500 000 \$, plus les intérêts jusqu’à la date de la constitution d’un fonds de limitation en vertu de l’alinéa 577(1)(b) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*¹ (la Loi) et une ordonnance constituant le fonds de limitation en vertu de l’alinéa 581(1)(a) [mod par L.C. 1998, ch. 6, art. 2] de la Loi.

[5] Le 28 octobre 1999, Canadien Pacifique Limitée (CP) a intenté une action devant la Cour contre les demandeurs en l’espèce, les propriétaires du navire *Sheena M* et toutes les autres personnes ayant un droit sur ce navire, les propriétaires du navire *Rivtow 901* et toutes les autres personnes ayant un droit sur ce navire et Rivtow Marine Ltd., pour réclamer notamment des dommages-intérêts généraux et spéciaux, dont le montant estimatif dépasse cinq millions de dollars, résultant de la navigation, de la conduite et de l’exploitation du *Sheena M* et du *Rivtow 901* par les demandeurs, qui ont entraîné la collision du *Rivtow 901* avec le pont ferroviaire du CP, à Mission.

[6] Dans une ordonnance en date du 2 novembre 1999, le protonotaire Hargrave a constitué un fonds de limitation [TRADUCTION] «provisoire» relativement à la responsabilité des demandeurs et du [TRADUCTION] «*Sheena M*, et de toute personne pouvant bénéficier de

Hargrave further ordered that the establishment of the interim limitation fund and its *quantum* were “without prejudice to the right of any defendant to argue, either at a trial, or hearing, that the interim limitation fund created [by his order] is not properly constituted, including that it should be calculated based upon the combined tonnages of the *Sheena M* and the *Rivtow 901*”. The application before this Court that gives rise to these reasons flows directly from the “without prejudice” reservation contained in Prothonotary Hargrave’s order.

THE NATURE OF THE APPLICATION BEFORE THE COURT AND THE RELIEF REQUESTED

[7] The applicants/plaintiffs seeks summary judgment pursuant to subsection 213(1) and rule 216 of the *Federal Court Rules, 1998*.² The reliefs requested are the following:

- (a) a declaration that the Plaintiffs are entitled to limit their liability to \$515,183.44 [the *quantum* of the interim limitation fund established by the order of Prothonotary Hargrave earlier referred to] pursuant to s. 577(1)(b) of the *Canada Shipping Act (C.S.A.)*;
- (b) an order that the sum of \$515,183.44 shall be paid into Court within seven (7) days of the date of the order, which sum shall constitute the limitation fund of the Plaintiffs pursuant to s. 581(1)(a) and the *C.S.A.*;
- (c) the granting of an injunction against the defendants and any other party from commencing or continuing proceedings before any Court, tribunal, or other authority against the Plaintiffs and the ship “*Sheena M*” in respect of the incident of June 2, 1999; and
- (d) costs of the action from November 2, 1999 [the date of Prothonotary Hargrave’s order] onward payable by the Defendants Canadian Pacific Railway Company and Rivtow Marine Ltd. to the Plaintiffs on a solicitor and client basis payable forthwith after the assessment thereof pursuant to Rule 400(6)(b) or in the alternative, an order for increased costs pursuant to Rule 400(3).

THE ISSUES

[8] In addition to the issues of whether or not this is an appropriate case for summary judgment, and, of

la protection du fonds de limitation». Le protonotaire Hargrave a de plus statué que le fonds de limitation provisoire et son montant seraient établis [TRADUCTION] «sous réserve du droit de tout défendeur de plaider, lors d’une instruction ou d’une audition, que le fonds de limitation provisoire créé [par son ordonnance] a été constitué irrégulièrement, et notamment qu’il doit être calculé en fonction des jauges combinées du *Sheena M* et du *Rivtow 901*». La requête présentée à la Cour et visée par les présents motifs découle directement de cette réserve contenue dans l’ordonnance du protonotaire Hargrave.

LA NATURE DE LA REQUÊTE PRÉSENTÉE À LA COUR ET LA RÉPARATION DEMANDÉE

[7] Les requérants/demandeurs veulent obtenir un jugement sommaire en vertu du paragraphe 213(1) et de la règle 216 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*². Les réparations demandées sont les suivantes:

[TRADUCTION]

- a) une déclaration portant que les demandeurs ont le droit de limiter leur responsabilité à 515 183,44 \$ [le montant du fonds de limitation provisoire constitué par l’ordonnance antérieure susmentionnée du protonotaire Hargrave] en vertu de l’alinéa 577(1)b) de la *Loi sur la marine marchande du Canada (L.M.M.C.)*;
- b) une ordonnance portant que la somme de 515 183,44 \$ sera consignée à la Cour dans les sept (7) jours suivant la date de l’ordonnance et que cette somme constituera le fonds de limitation des demandeurs en vertu de l’alinéa 581(1)a) et de la *L.M.M.C.*;
- c) une injonction interdisant aux défendeurs et à toute autre partie d’engager ou de poursuivre toute procédure devant une cour de justice, un tribunal ou une autre instance contre les demandeurs et le navire *Sheena M* relativement à l’incident survenu le 2 juin 1999;
- d) les dépens de l’action à partir du 2 novembre 1999 [date de l’ordonnance du protonotaire Hargrave] payables par les défenderesses Canadien Pacifique Limitée et Rivtow Marine Ltd. aux demandeurs sur la base avocat-client dès leur taxation en vertu de l’alinéa 400(6)b) des Règles ou, subsidiairement, une ordonnance adjugeant des dépens majorés en vertu du paragraphe 400(3) des Règles.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[8] En plus de la question de savoir s’il s’agit d’une instance qui peut être tranchée par voie de jugement

course, of costs and the appropriate scale of costs, the applicants/plaintiffs identified the following issues: first, whether the damage caused by the collision on June 2, 1999 was caused by a “personal act or omission”, with “intent to cause such loss”, or “recklessly with knowledge that such loss would probably result”; and second, whether the limitation fund to be established should be based on the tonnage of the tug *Sheena M* alone in accordance with Prothonotary Hargrave’s order constituting the “interim” limitation fund, or whether it should be based on the combined tonnages of the *Sheena M* and the dumb barge *Rivtow 901*.

POSITIONS OF THE RESPONDENTS/DEFENDANTS AND AGREEMENTS AT THE COMMENCEMENT OF THE HEARING

[9] The respondent/defendant B.C. Tel filed no material on the application for summary judgment and did not appear at the hearing before me. The respondent/defendant Rivtow Marine Limited filed a memorandum of fact and law relating only to the issue of costs. With the consent of the Court, counsel for Rivtow did not appear at the hearing of the motion which was conducted at Calgary, Alberta, but it was agreed that, if and when the question of costs was reached during the course of the hearing, counsel for Rivtow would then take part by teleconference.

[10] Subject to what follows, the respondent/defendant CPR opposed the motion for summary judgment but, without filing its own cross-motion for summary judgment, requested the following reliefs:

An Order or Declaration that:

- (a) the Plaintiffs are entitled to limit their liability to an amount determined on the basis of the combined tonnage of the “*Sheena M*” and the “*Rivtow 901*”, which fund will constitute the limitation fund of the Plaintiffs;
- (b) the appropriate amount of the limitation fund to be determined by reference to a Judge or Prothonotary of this Court pursuant to Rule 153;

sommaire et, bien sûr, de la question des dépens et de l’échelle à appliquer pour en déterminer le montant, les requérants/demandeurs ont énoncé les questions suivantes: premièrement, le dommage causé par la collision du 2 juin 1999 résulte-t-il d’un «fait ou [d’une] omission personnels, commis avec l’intention de provoquer un tel dommage» ou «commis témérement et avec conscience qu’un tel dommage en résulterait probablement»? Deuxièmement, le fonds de limitation qui sera établi doit-il être fondé sur la jauge du *Sheena M* seulement, conformément à l’ordonnance du protonotaire Hargrave constituant le fonds de limitation «provisoire», ou sur les jauges combinées du *Sheena M* et du chaland non propulsé *Rivtow 901*?

LES THÈSES DES INTIMÉES/DÉFENDERESSES ET LES ENTENTES CONCLUES AU DÉBUT DE L’AUDITION

[9] L’intimée/défenderesse B.C. Tel n’a déposé aucun document relativement à la requête en jugement sommaire et n’a pas comparu à l’audition tenue devant moi. L’intimée/défenderesse Rivtow Marine Limited a déposé un mémoire des faits et du droit concernant uniquement la question des dépens. Avec le consentement de la Cour, l’avocat de Rivtow n’a pas comparu à l’audition de la requête qui a eu lieu à Calgary (Alberta), mais il a été convenu qu’au moment où la question des dépens serait abordée au cours de l’audition, le cas échéant, l’avocat de Rivtow y participerait par voie de téléconférence.

[10] Sous réserve de ce qui suit, l’intimée/défenderesse CP a contesté la requête en jugement sommaire, mais elle a demandé les réparations suivantes, sans toutefois déposer une requête reconventionnelle en jugement sommaire:

[TRADUCTION]

Une ordonnance ou déclaration portant que:

- a) les demandeurs ont le droit de limiter leur responsabilité à un montant déterminé en fonction des jauges combinées du «*Sheena M*» et du «*Rivtow 901*», ce fonds constituant le fonds de limitation des demandeurs;
- b) le montant du fonds de limitation sera déterminé par voie de renvoi devant un juge ou un protonotaire de la Cour en vertu de la règle 153;

- | | |
|--|--|
| <p>(c) Within seven (7) days following said determination; the Plaintiffs pay into Court the full amount of the limitation fund together with interest on the whole of the limitation fund, or alternatively, on the additional amount beyond the \$515,183.44 secured by the AXA Guarantee, from June 2, 1999 to the date of payment in;</p> <p>(d) Alternatively, the Plaintiffs are entitled to limit their liability to \$515,183.44, and said amount to be paid into Court within seven (7) days of the date of the order, which sum will constitute the limitation fund of the Plaintiffs;</p> <p>(e) CPR receive its costs of this proceeding on a party-and-party basis;</p> <p>(f) Alternatively, the Plaintiffs receive their costs of this proceeding, other than those which the Plaintiffs incurred in proving those matters necessary to obtain their declaration of limitation of liability in this proceeding, on a party-and-party basis.</p> | <p>c) dans les sept (7) jours suivant cette décision, les demandeurs consigneront à la Cour la totalité du montant du fonds de limitation avec les intérêts sur la totalité du fonds de limitation ou, subsidiairement, sur le montant additionnel ajouté à la somme de 515 183,44 \$ garantie par AXA Guarantee, entre le 2 juin 1999 et la date de la consignation;</p> <p>d) subsidiairement, les demandeurs ont le droit de limiter leur responsabilité à 515 183,44 \$ et ce montant sera consigné dans les sept (7) jours suivant la date de l'ordonnance, cette somme constituant le fonds de limitation des demandeurs;</p> <p>e) CP recevra ses dépens relatifs à l'instance sur la base partie-partie;</p> <p>f) subsidiairement, les demandeurs recevront leurs dépens relatifs à l'instance, autres que ceux engagés par eux afin d'établir les éléments nécessaires pour obtenir leur jugement déclaratoire de limitation de responsabilité dans l'instance, sur la base partie-partie.</p> |
|--|--|

[11] At the opening of the hearing on the applicants'/plaintiffs' motion, counsel for the applicants and for CPR expressed agreement that no facts relevant to the determination of the motion, and thus the action, were in dispute; the damage caused by the collision on June 2, 1999 was not caused by a "personal act or omission", with "intent to cause such loss", or "recklessly, with knowledge that such loss would probably result"; and that this matter was an appropriate case to be dealt with by summary judgment since, apart from the issue of costs, the sole remaining issue, that being whether the limitation fund should be based on the tonnage of the *Sheena M* alone in accordance with Prothonotary Hargrave's order of November 2, 1999 or on the basis of the combined tonnages of the *Sheena M* and the *Rivtow 901*, was a pure question of law.

[12] Finally, counsel for the applicants/plaintiffs agreed that the matter should proceed as if the respondent/defendant CPR had filed a cross-motion for summary judgment on the basis that the reliefs requested in its memorandum of fact and law, apart from costs, would be appropriate if it were to be successful with regard to the remaining issue of law.

[11] Au début de l'audition de la requête des requérants/demandeurs, les avocats des demandeurs et de CP ont convenu expressément qu'aucun fait pertinent à l'issue de la requête et, partant, de l'action, n'était contesté; le dommage causé par la collision le 2 juin 1999 ne résultait pas d'un «fait ou [d'une] omission personnels, commis avec l'intention de provoquer un tel dommage», ni «commis témérement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement»; et il s'agissait d'une affaire qui pouvait être tranchée par voie de jugement sommaire puisque, hormis la question des dépens, seule demeurait irrésolue une pure question de droit, qui consistait à déterminer si le fonds de limitation devait être établi en fonction de la jauge du *Sheena M* seulement, conformément à l'ordonnance prononcée le 2 novembre 1999 par le protonotaire Hargrave, ou en fonction des jauges combinées du *Sheena M* et du *Rivtow 901*.

[12] Enfin, l'avocat des requérants/demandeurs a convenu que l'affaire devait être traitée comme si l'intimée/défenderesse CP avait déposé une requête reconventionnelle en jugement sommaire, parce qu'il conviendrait que la Cour lui accorde les réparations demandées dans son mémoire des faits et du droit, hormis les dépens, si elle avait gain de cause sur la question de droit irrésolue.

ANALYSIS

(1) An appropriate case for summary judgment?

[13] Against the matters identified by this Court as being relevant to determination of the issue of whether disposition of an action by summary judgment is appropriate,³ I am satisfied that this is an appropriate case for disposition by summary judgment and in that regard I am in agreement with the positions of counsel for both parties appearing before the Court. The hearing thus proceeded on that basis and, with the consent of counsel on behalf of the applicants/plaintiffs, as if there were before the Court a cross-motion on behalf of the respondent/defendant CPR for summary judgment in its favour with reliefs being sought as described above.

(2) Was the damage caused by the collision on June 2, 1999 caused by a “personal act or omission”, with “intent to cause such loss”, or “recklessly, with knowledge that such loss would probably result”?

[14] As noted earlier in these reasons, counsel for the respondent/defendant CPR conceded that the damage was not caused by a “personal act or omission”, with “intent to cause such loss”, or “recklessly, with knowledge that such loss would probably result”. If such were to be the case, then by virtue of Article 4 of the *Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976, as amended by the Protocol of 1996, to amend the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976* (the Convention), being Schedule VI of the *Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9* (as enacted by S.C. 1998, c. 6, s. 26) (the amending Act), the applicants/plaintiffs would be disentitled to limit their liability in any way. Counsel for the applicants/plaintiffs urged that, despite the concession by counsel for the respondent/defendant CPR, I should nonetheless deal with this issue. In light of the position of counsel for the respondent/defendant CPR, I decline the invitation of counsel for the applicants/plaintiffs and will treat this as an issue not before the Court. I will thus make no further comment on it.

ANALYSE

1) L’instance peut-elle être tranchée par voie de jugement sommaire?

[13] Compte tenu des questions dégagées par la Cour comme pertinentes pour décider si une action peut être tranchée par voie de jugement sommaire³, je suis convaincu que la présente instance peut l’être et je suis d’accord sur ce point avec les avocats des deux parties qui ont comparu devant la Cour. L’audition s’est donc déroulée, avec le consentement de l’avocat des requérants/demandeurs, comme si la Cour était saisie d’une requête reconventionnelle par laquelle l’intimée/défenderesse CP sollicitait un jugement sommaire en sa faveur lui accordant les réparations susmentionnées.

2) Le dommage causé par la collision du 2 juin 1999 résulte-t-il d’un «fait ou [d’une] omission personnels, commis avec l’intention de provoquer un tel dommage», ou «commis téméairement et avec conscience qu’un tel dommage en résulterait probablement»?

[14] Comme l’ont déjà précisé les présents motifs, l’avocat de l’intimée/défenderesse CP a reconnu que le dommage ne résulte pas d’un «fait ou [d’une] omission personnels, commis avec l’intention de provoquer un tel dommage», ni «commis téméairement et avec conscience qu’un tel dommage en résulterait probablement». S’il en avait été ainsi, l’Article 4 de la *Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes telle que modifiée par le Protocole, de 1996 modifiant la Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes* (la Convention), étant l’annexe VI de la *Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9* (édicte par L.C. 1998, ch. 6, art. 26) (la loi modificatrice), priverait les requérants/demandeurs du droit de limiter leur responsabilité de quelque façon que ce soit. L’avocat des requérants/demandeurs a fait valoir que je devais trancher cette question malgré cette concession de l’intimée/défenderesse CP. Compte tenu de la position de l’intimée/défenderesse CP, je déclinerais l’invitation de l’avocat des requérants/demandeurs et je traiterai

cette question comme si la Cour n'en était pas saisie. Je ne formulerai donc aucune autre remarque sur ce point.

- (3) Should the limitation fund in respect of this action be based on the tonnage of the tug *Sheena M* alone in accordance with the order of Prothonotary Hargrave dated November 2, 1999 or should it be based on the combined tonnages of the tug and dumb barge *Rivtow 901*?

- 3) Le fonds de limitation relatif à l'action doit-il être établi en fonction de la jauge du remorqueur *Sheena M* seulement, conformément à l'ordonnance rendue par le protonotaire Hargrave le 2 novembre 1999, ou en fonction des jauges combinées du remorqueur et du chaland non propulsé *Rivtow 901*?

[15] The seminal case in Canada on calculation of the *quantum* of a limitation fund in tug and barge situations is *Rhône (The) v. Peter A.B. Widener (The)*,⁴ hereinafter *The Rhône*. The facts of that matter were not dissimilar to those now before this Court. For the majority, Mr. Justice Iacobucci described them in the following terms at pages 505-506:

[15] L'arrêt de principe applicable au Canada pour calculer le montant d'un fonds de limitation relatif à un remorqueur et à un chaland est l'arrêt *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*⁴ ci-après *Le Rhône*. Les faits en cause dans cette affaire présentaient des similitudes avec ceux dont la Cour est saisie. Le juge Iacobucci les a décrits dans les termes suivants, au nom de la majorité, aux pages 505 et 506:

On November 7, 1980, the moored ship, *Rhône*, owned by the respondent Vinalmar S.A. ("Vinalmar"), was struck by the barge, *Peter A.B. Widener* ("Widener"), at the Port of Montréal. The *Rhône* sustained damages in the agreed amount of \$88,357.89, while the damages to the *Widener* were set at \$49,200.

Le 7 novembre 1980, alors qu'il était amarré dans le port de Montréal, le navire *Rhône*, propriété de l'intimée Vinalmar S.A. («Vinalmar»), a été heurté par la péniche *Peter A.B. Widener* («Widener»). Le *Rhône* a subi, a-t-on convenu, pour 88 357,89 \$ d'avaries, tandis que les avaries ont été évaluées à 49 200 \$ dans le cas du *Widener*.

The *Widener*, owned by the respondent North Central Maritime Corporation ("North Central"), is a "dumb" barge, so called because it relies on tug boats for its movements. At the time of the casualty, the *Widener* was commanded by Captain Lyons and was being towed by four tugs. Two of these, the *South Carolina* and the *Ohio*, were owned by the appellant, Great Lakes Towing Company ("Great Lakes"). Two others, the *Ste. Marie II* and the *Rival* were owned by the respondent North Central, and McAllister Towing & Salvage Ltd., respectively.

Le *Widener*, propriété de l'intimée North Central Maritime Corporation («North Central»), est une péniche dite «non propulsée» parce qu'elle doit se déplacer à l'aide de remorqueurs. Au moment de l'accident, le *Widener*, commandé par le capitaine Lyons, était tiré par quatre remorqueurs, dont deux, le *South Carolina* et l'*Ohio*, appartenaient à l'appelante Great Lakes Towing Company («Great Lakes»). Les deux autres, le *Ste. Marie II* et le *Rival*, appartenaient respectivement à l'intimée North Central et à McAllister Towing & Salvage Ltd.

The towage of the *Widener* had been arranged through an oral contract between North Central and Great Lakes and involved its towage from Duluth, Minnesota, to the Port of Montréal. Captain Kelch, master of the Great Lakes' tug *Ohio*, acted as *de facto* master of the flotilla.

Le remorquage du *Widener* avait été organisé au moyen d'un contrat oral intervenu entre North Central et Great Lakes, et il s'agissait de le remorquer de Duluth (Minnesota) jusqu'au port de Montréal. Le capitaine Kelch aux commandes du remorqueur *Ohio* de Great Lakes avait le commandement de fait de la flotille.

Owing to the navigational errors made by Captain Kelch relating to the speed at which the flotilla was travelling and the point at which they turned around St. Helen's Island and proceeded up river against the St. Mary's current, the *Widener* began to move off course as the flotilla entered the Port of Montréal. The tugs attempted to compensate for this but the *Ohio*'s towing apparatus malfunctioned and the *Widener* began to drift towards the *Rhône*. Despite attempts

En raison d'erreurs de navigation commises par le capitaine Kelch relativement à la vitesse de navigation de la flotille et quant à l'endroit où ils ont contourné l'Île Ste-Hélène et remonté le courant Ste-Marie, le *Widener* a commencé à dévier au moment où la flotille entrait dans le port de Montréal. Les remorqueurs ont tenté une manœuvre correctrice, mais l'appareil de remorquage de l'*Ohio* s'est détraqué et le *Widener* s'est mis à dériver vers le *Rhône*. En dépit des

to correct the *Widener's* angle of drift, the *Widener* collided with the *Rhône*.

As a result of this mishap, two actions were commenced. In the first, the owners of the *Rhône*, the respondent Vinalmar, sued everyone involved—the barge owner and tug owners—for damaging their ship. In the second, the owners of the *Widener*, the respondent North Central, sued the appellant Great Lakes for breach of its contract of towage. Great Lakes denied liability in both actions and counter-claimed for limitation of liability pursuant to s. 647(2) of the *Canada Shipping Act*.

[16] Thus, substituting the Mission Bridge for the stationary ship *The Rhône*, and ignoring the involvement of multiple tugs in the case of *The Rhône*, the situations were very similar and the issues of limitation of liability and the basis of calculation of any limitation of liability were similar. The distinguishing feature, and more will be said about this later, is the enacting of the 1998 amendments to the Act that implemented the Protocol to the Convention.

[17] At page 515 of *The Rhône*, Mr. Justice Iacobucci described two of the issues before the Supreme Court in the following terms:

Second, do the limitation of liability provisions in the *Canada Shipping Act* apply to limit a shipowner's liability for the acts or omissions of its servant in directing a flotilla comprising vessels belonging to other shipowners? Third, in the event that the appellant is entitled to limit its liability under the *Canada Shipping Act*, what vessels must be taken into account in determining the extent of its liability?

[18] Thus, what is commonly referred to as the "flotilla principle" and its application where ships, including a dumb barge, are in different ownership was clearly before the Supreme Court. As here, the owners of *The Rhône* contended that Captain Kelch was negligent, not only with respect to the navigation of his tug, the *Ohio*, but also with respect to the navigation of two of the other tugs and, parallel to the

efforts déployés pour rectifier l'angle de dérive du *Widener*, celui-ci est entré en collision avec le *Rhône*.

Cette mésaventure est à l'origine de deux actions en justice. Dans la première, la propriétaire du *Rhône*, l'intimée Vinalmar, a poursuivi, pour avoir endommagé son navire, tous ceux impliqués dans l'accident, soit la propriétaire de la péniche et les propriétaires des remorqueurs. Dans la seconde, la propriétaire du *Widener*, l'intimée North Central, a poursuivi l'appelante Great Lakes pour violation de son contrat de remorquage. Great Lakes a nié sa responsabilité dans les deux cas et a présenté des demandes reconventionnelles de limitation de responsabilité conformément au par. 647(2) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

[16] Ainsi, si l'on substitue le pont de Mission au navire stationnaire *Le Rhône*, et si l'on ne tient pas compte du fait que plusieurs remorqueurs étaient en cause dans l'affaire *Le Rhône*, les deux situations se ressemblent beaucoup et les questions de la limitation de responsabilité et du fondement du calcul de la limite de la responsabilité sont très semblables. L'élément qui distingue ces deux affaires, et dont on reparlera davantage plus loin, est l'édiction des modifications apportées à la Loi en 1998 dans le but de mettre en œuvre le Protocole modifiant la Convention.

[17] À la page 515 de l'arrêt *Le Rhône*, le juge Iacobucci a décrit deux des questions soumises à la Cour suprême dans les termes suivants:

Deuxièmement, les dispositions relatives à la limitation de responsabilité figurant dans la *Loi sur la marine marchande du Canada* s'appliquent-elles de manière à limiter la responsabilité d'un propriétaire de navire à l'égard des actes ou des omissions de son employé dans la conduite d'une flottille comprenant des navires appartenant à d'autres propriétaires? Troisièmement, dans l'hypothèse où l'appelante aurait le droit de limiter sa responsabilité en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, de quels navires faut-il tenir compte pour déterminer l'étendue de sa responsabilité?

[18] Il est donc clair que la Cour suprême devait se prononcer sur ce qu'on appelle couramment le «principe de la flottille» et sur son application dans le cas de navires, dont un chaland non propulsé, appartenant à différents propriétaires. Comme en l'espèce, les propriétaires du navire *Le Rhône* ont prétendu que le capitaine Kelch avait fait preuve de négligence, non seulement dans la navigation de son remorqueur,

situation here before the Court, the dumb barge, the *Widener*.

[19] Mr. Justice Iacobucci referred at length to the decision of the English Court of Appeal in *The Bramley Moore*.⁵ Referring to the reasons of Lord Denning, M. R., writing for the Court, Mr. Justice Iacobucci wrote at pages 529-532:

He reasoned that, at least in the case of separate ownership, where only those on board a tug are negligent, the true cause of the damage is the improper navigation of the tug and not the tow. In those circumstances, the statute would apply without question to limit the liability of the tug owner. He reasoned at p. 436:

It can well be said that the owners of the tug were guilty of "improper navigation" of the barge—in that they were in control of the movement of the barge through the water. But the section requires you also to look at the cause of the damage. That is clear from the words "by reason of". And in a case where those on the tug are negligent, and those on the barge are not, the cause of the damage is in truth the improper navigation of the tug, not the improper navigation of the barge. It is the tug which is the cause of all the trouble. That is, at any rate, the way in which these cases have been regarded in the past This must be on the assumption that the damage is "by reason of the improper navigation" of the tug, but not "by reason of the improper navigation" of the tow.

Second, Lord Denning found that, in any event, the argument that the tug owners' right to limit their liability was conditional on their being owners of the barge was dispelled by virtue of the 1958 amendment to the Act. This amendment expanded the scope of limited liability to also include damage caused to any property "through any other act or omission of any person on board the ship." Applying this statutory provision to the fact situation at hand, Lord Denning observed at p. 437:

If those on board the tug are negligent and those on board the tow are not, and the tow comes into collision with another vessel, then clearly the damage is caused through an "act or omission of any person on board the tug". If you insert the appropriate words into the section as now amended, it reads in this way: "The owners of a tug shall

l'Ohio, mais aussi de deux des autres remorqueurs et, comme dans le cas soumis à la Cour aujourd'hui, du chaland non propulsé le *Widener*.

[19] Le juge Iacobucci s'est reporté textuellement à l'arrêt prononcé par la Cour d'appel d'Angleterre dans l'affaire *The Bramley Moore*⁵. Au sujet des motifs exprimés par le maître des rôles lord Denning au nom de la Cour, le juge Iacobucci a écrit, aux pages 529 à 532:

D'après lui, la cause véritable de l'avarie est la mauvaise navigation du remorqueur et non du bâtiment remorqué, du moins dans le cas où les deux bâtiments appartiennent à des propriétaires différents et où il n'y a négligence que de la part des personnes à bord du remorqueur. Dans ces circonstances, la loi s'appliquerait incontestablement pour limiter la responsabilité du propriétaire du remorqueur. Il a formulé le raisonnement suivant, à la p. 436:

[TRADUCTION] On peut bien dire que les propriétaires du remorqueur se sont rendus coupables de «mauvaise navigation» de la péniche en ce sens que c'étaient eux qui contrôlaient ses déplacements sur l'eau. Mais l'article exige que l'on tienne compte aussi de la cause de l'avarie. C'est ce qui ressort clairement de l'expression «en raison de». Et dans un cas où il y a négligence de la part des personnes à bord du remorqueur, mais non de la part de celles à bord de la péniche, la cause de l'avarie est en réalité la mauvaise navigation du remorqueur et non la mauvaise navigation de la péniche. C'est le remorqueur qui est à l'origine de tout le problème. En tout cas, c'est sous cet angle que ces affaires ont été considérées dans le passé [. . .] Cette conclusion doit reposer sur l'hypothèse selon laquelle l'avarie s'est produite «en raison de la mauvaise navigation» du remorqueur et non «en raison de la mauvaise navigation» du bâtiment remorqué.

Lord Denning a conclu ensuite que, de toute façon, l'argument selon lequel le droit des propriétaires du remorqueur de limiter leur responsabilité tenait à ce qu'ils soient également propriétaires de la péniche tombait par suite de la modification apportée à la Loi en 1958. Cette modification a élargi la portée de la responsabilité limitée de manière à ce qu'elle englobe toute avarie causée à des biens [TRADUCTION] «par quelque autre acte ou omission de la part d'une personne à bord du navire». Appliquant cette disposition législative aux faits de l'affaire, lord Denning fait remarquer ce qui suit, à la p. 437:

[TRADUCTION] Si les personnes se trouvant à bord du remorqueur font preuve de négligence alors que tel n'est pas le cas des personnes à bord du bâtiment remorqué, et que ce dernier entre en collision avec un autre navire, les dommages résultent alors clairement de «l'acte ou de l'omission d'une personne à bord du remorqueur». Si l'on

not, where damage is caused through any act or omission of any person on board the tug, be liable in damages” beyond an amount calculated on the tonnage of the tug. So read, it seems clearly to cover the case when those on the tug are negligent and those on the tow are not. It shows that the owners of the tug can limit their liability according to the tonnage of the tug.

. . .

Accepting for the sake of argument that the cause of the collision must be attributed to Captain Kelch’s navigation not only of the *Ohio* but also the other vessels within the flotilla not owned by Great Lakes, the respondents’ argument nonetheless fails on the clear words of s. 647(2)(d)(ii). This provision provides that Great Lakes, as owner of the *Ohio*, may limit its liability for damage caused to another vessel through “any other act or omission of any person on board [that] ship.” Therefore, Great Lakes may limit its liability since the cause of the collision consisted of acts or omissions of Captain Kelch on board the *Ohio*.

Interpreting s. 647(2) in this manner to limit the appellant’s liability accords not only with the clear words of the statute but also with the purpose underlying this section, namely, removing the threat of unlimited liability to a shipowner. In this regard, we should recall the role of limited liability for shipowners in the development of modern shipping enterprises and in the facilitation of insurance coverage: . . . As has often been observed, the origin of these limitation provisions rests with the desire to promote commerce and international trade by affording shipowners protection from the full impact and perhaps ruinous pecuniary liability arising from acts of navigation over which they have no personal control.

Certainly, a number of commentators have drawn into question the continued need for limited liability in this day and age of corporations and developed insurance markets: . . . However, whether this regime is responsive to modern realities is a question of policy to be determined by Parliament and not the courts whose task is to interpret and give effect to the intention of Parliament. In this regard, I consider the following comment by Lord Denning in *The Bramley Moore*, *supra*, at p. 437 apposite:

insérait les mots appropriés dans l’article tel qu’il est maintenant modifié, il serait ainsi libellé: «Les propriétaires d’un remorqueur ne sont pas, lorsque les dommages résultent de l’acte ou de l’omission d’une personne se trouvant à son bord, responsables de ces dommages» au-delà d’un montant calculé en fonction de la jauge du remorqueur. Ainsi formulé, l’article semble clairement viser le cas où les personnes à bord du remorqueur sont négligentes alors que celles se trouvant à bord du bâtiment remorqué ne le sont pas. Il en ressort que les propriétaires d’un remorqueur peuvent limiter leur responsabilité suivant la jauge de leur navire.

[. . .]

Même si l’on admet, aux fins de la discussion, que la cause de la collision doit être imputée à la façon dont le capitaine Kelch a dirigé non seulement l’*Ohio*, mais aussi les autres navires de la flottille qui n’appartenaient pas à Great Lakes, l’argument des intimés échoue néanmoins devant les termes clairs du sous-al. 647(2)d)(ii). Aux termes de cette disposition, Great Lakes, en qualité de propriétaire de l’*Ohio*, peut limiter sa responsabilité à l’égard des avaries causées à un autre navire par «quelque autre acte ou omission de la part d’une personne à bord [de ce] navire». Par conséquent, Great Lakes peut limiter sa responsabilité étant donné que la cause de la collision consistait en des actes ou en des omissions du capitaine Kelch à bord de l’*Ohio*.

Interpréter ainsi le par. 647(2) de manière à limiter la responsabilité de l’appelant est conforme non seulement aux termes clairs de la Loi, mais aussi à l’objet qui sous-tend ce paragraphe, qui est de dissiper la menace que la responsabilité illimitée représente pour un propriétaire de navire. Il y a lieu à ce propos de se rappeler le rôle de la responsabilité limitée des propriétaires de navires dans la création des entreprises modernes de transport maritime et pour ce qui est de faciliter l’obtention d’assurances: [. . .] Comme on l’a souvent fait remarquer, ces dispositions en matière de limitation de responsabilité tirent leur origine de la volonté de favoriser le commerce et les échanges internationaux en accordant aux propriétaires de navires une protection contre toutes les conséquences, pouvant aller jusqu’à une responsabilité pécuniaire ruineuse, d’actes de navigation sur lesquels ils n’ont personnellement aucun contrôle.

Un certain nombre de commentateurs se sont certes interrogés sur la nécessité de maintenir la responsabilité limitée en notre ère de personnes morales et de marchés d’assurances établis: [. . .] Toutefois, la question de savoir si ce régime tient compte des réalités modernes en est une de principe qui doit être tranchée par le Parlement et non pas par les tribunaux, dont la tâche consiste à interpréter l’intention du Parlement et à la mettre à exécution. Je tiens pour pertinente à cet égard l’observation suivante de lord Denning dans l’arrêt *The Bramley Moore*, précité, à la p. 437:

The principle underlying limitation of liability is that the wrongdoer should be liable according to the value of his ship and no more. A small tug has comparatively small value and it should have a correspondingly low measure of liability, even though it is towing a great liner and does great damage. I agree that there is not much room for justice in this rule; but limitation of liability is not a matter of justice. It is a rule of public policy which has its origin in history and its justification in convenience. [Citations and some portions of the text omitted.]

[20] Turning to the issue of the appropriate unit of limitation, that is to say on the facts of this matter, the tug alone, or the tug and tow, Mr. Justice Iacobucci wrote at page 536:

However, when the issue of limited liability came before the English Court of Appeal again in *The Bramley Moore*, *supra*, Lord Denning openly questioned the significance of common ownership in determining the extent of a shipowner's liability. In his opinion, where those on board a tug are negligent and those on a tow are not, the cause of damage is the improper navigation of the tug and not its tow. It is the tug which is the cause of all of the trouble. In this regard, Lord Denning drew into question the decision in *The Ran*, *supra*. He failed to see the relevance of common ownership and found there was "no logical ground" for this special exception allowing for liability to be assessed on the combined tonnage of tug and tow where both are commonly owned. In his opinion, it is only when those on board both the tug and tow are negligent and it is the combined negligence of both vessels which cause the damage that liability against the common owner of both vessels should be based on the combined tonnage of both tug and tow: i.e., *The Harlow*, *supra*. It is important to stress that Lord Denning's comments regarding common ownership were strictly *obiter dictum* since the tug and tow in that case were not commonly owned. [Citations omitted.]

[21] He continued at pages 537 and 538:

With the decisions in *The Bramley Moore*, *supra* and *The Sir Joseph Rawlinson*, it must now be regarded as settled in English jurisprudence that common ownership of a tug and tow is irrelevant for purposes of the limitation of liability provisions of the Act: . . . Regardless of ownership, liability is limited according to the vessel found to be

[TRADUCTION] Le principe sous-tendant la limitation de la responsabilité est que l'auteur de la faute devrait être tenu responsable suivant au plus la valeur de son navire. Un petit remorqueur a une valeur moindre et devrait ainsi encourir un degré moindre de responsabilité, même s'il prend en remorque un gros navire de ligne et cause d'importants dommages. Je conviens que cette règle n'est pas particulièrement juste, mais la limitation de responsabilité n'est pas une question de justice. C'est une règle dictée par l'intérêt public qui puise son origine dans l'histoire et qui se justifie par son utilité. [Citations et certaines parties du texte omises.]

[20] Le juge Iacobucci est ensuite passé à la question du fondement du calcul de la limite, c'est-à-dire, en l'occurrence, le remorqueur seul ou le remorqueur et le bâtiment qu'il remorquait. Voici les propos qu'il a tenus, à la page 536:

Quand, cependant, la question de la responsabilité limitée a de nouveau été soumise à la Cour d'appel d'Angleterre dans l'affaire *The Bramley Moore*, précitée, lord Denning s'est ouvertement interrogé sur l'importance d'avoir un propriétaire commun pour déterminer le degré de responsabilité d'un propriétaire de navire. Selon lui, lorsque les personnes à bord d'un remorqueur font preuve de négligence, et non celles à bord du bâtiment remorqué, la cause de l'avarie est la mauvaise navigation du remorqueur et non du bâtiment qu'il tire. C'est le remorqueur qui est à l'origine de tout le problème. À cet égard, lord Denning a mis en doute la décision rendue dans l'affaire *The Ran*, [. . .] Il ne voyait pas la pertinence du propriétaire commun et a conclu qu'il n'existait [TRADUCTION] «aucune justification logique» de cette exception particulière qui permet d'évaluer la responsabilité en fonction de la jauge totale du remorqueur et du bâtiment remorqué lorsqu'ils ont un propriétaire commun. À son avis, ce n'est que dans le cas où il y a négligence de la part des personnes à bord du remorqueur et du bâtiment remorqué et où l'avarie résulte de la négligence commune des deux bateaux qu'il convient de fonder sur la jauge totale du remorqueur et du bâtiment remorqué la responsabilité du propriétaire commun de ces deux bateaux: voir *The Harlow*, [. . .] Il importe de souligner que les observations de lord Denning concernant le propriétaire commun étaient incidentes puisque le remorqueur et le bâtiment remorqué dont il était alors question n'appartenaient pas au même propriétaire. [Citations omises.]

[21] Il a ajouté, aux pages 537 et 538:

Compte tenu des décisions *The Bramley Moore* [. . .] et *The Sir Joseph Rawlinson*, on doit maintenant tenir pour établi en jurisprudence anglaise qu'il est sans importance, aux fins de l'application des dispositions de la Loi relatives à la limitation de responsabilité, que le remorqueur et le bâtiment remorqué appartiennent au même propriétaire:

negligent.

Although English jurisprudence has expressly cast doubt on the correctness of finding the owner of a tug and tow liable to the extent of their combined tonnage, when the issue came before this Court again in *Kathy K*, *supra*, liability was assessed against the common owner of a tug and tow for the negligent navigation of the tug on the basis of the tonnage of both vessels. Without elaborating on its reasons, this Court merely stated that it agreed with the trial judge that liability should be based on the aggregate tonnage of the wrongdoing mass (i.e., the tug and tow). [Citations omitted.]

[22] Thus, implicitly at least, Mr. Justice Iacobucci would appear to have affirmed the continued validity of the “flotilla principle” or “wrongdoing mass” doctrine in Canadian law, where there is common ownership, notwithstanding the doubt cast on it by English jurisprudence. He concluded at pages 540-541:

It is apparent that there exists a difference of opinion between Canadian and English courts in interpreting what is essentially the same statutory provision. The respondents seek to extend the wrongdoing mass principle developed in the context of tug and tow cases to the case at hand. However, for purposes of this appeal I do not believe it necessary or appropriate to resolve this divergence of opinion between Canadian and English courts given my view that the respondents’ argument can also be dismissed under the existing wrongdoing mass doctrine.

It is important to highlight that the jurisprudence on this issue has never extended so far as to require that all the vessels within a flotilla belonging to an impugned shipowner be taken into account in determining the extent of that shipowner’s liability: . . . The intent of s. 647(2) is to limit liability for navigational errors according only to the tonnage of those vessels causing the alleged damage. Apart from the vessel responsible for the overall navigation of a flotilla, *only those vessels of the same shipowner which physically caused or contributed to the resulting damage form the unit for which liability is limited*: . . . As already mentioned, the *South Carolina* was absolved of any fault in this case. Only the *Ohio* and the *Widener* were found to have been negligent. Moreover, it does not appear from the findings of the courts below that the *South Carolina* contributed to the collision in any manner other than in

[. . .] Indépendamment de la propriété, la responsabilité est limitée en fonction du navire qui est jugé négligent.

Quoique la jurisprudence anglaise ait expressément mis en doute la justesse d’une conclusion à la responsabilité du propriétaire d’un remorqueur et d’un bâtiment remorqué, fondée sur la jauge totale des deux bateaux, notre Cour, quand elle s’est trouvée de nouveau saisie de cette question dans l’affaire *Kathy K* [. . .] a évalué, en fonction de la jauge des deux bateaux, la responsabilité du propriétaire commun d’un remorqueur et d’un bâtiment remorqué à l’égard de la navigation négligente du remorqueur. Sans préciser davantage, notre Cour a simplement dit convenir avec le juge de première instance que la responsabilité devait être fondée sur la jauge totale de la masse fautive (c.-à-d. le remorqueur et le bâtiment remorqué). [Citations omises.]

[22] Ainsi, le juge Iacobucci semble avoir confirmé, du moins implicitement, que le «principe de la flottille» ou la théorie de la «masse fautive» demeurent valides en droit canadien, lorsque les bateaux appartiennent au même propriétaire, malgré le doute soulevé à leur égard par la jurisprudence anglaise. Il a conclu, aux pages 540 et 541:

Les opinions des tribunaux canadiens et des tribunaux anglais diffèrent manifestement quant à l’interprétation de ce qui est essentiellement la même disposition législative. Les intimés cherchent à faire appliquer à la présente affaire le principe de la masse fautive formulé dans le contexte des affaires mettant en cause des remorqueurs et des bâtiments remorqués. Toutefois, comme j’estime que le principe existant de la masse fautive permet également de rejeter l’argument des intimés, je ne crois pas qu’il soit nécessaire ou approprié aux fins du présent pourvoi de régler cette divergence d’opinions entre les tribunaux canadiens et anglais.

Il importe de souligner que la jurisprudence sur cette question n’est jamais allée jusqu’à exiger que tous les navires d’une flottille qui appartiennent au propriétaire visé entrent en ligne de compte pour déterminer l’étendue de la responsabilité de ce propriétaire de navire: [. . .] Le paragraphe 647(2) vise à limiter la responsabilité à l’égard d’erreurs de navigation uniquement en fonction de la jauge des navires qui auraient causé l’avarie. Outre le navire responsable de la navigation générale d’une flottille, seuls les navires du même propriétaire qui ont matériellement causé ou contribué à causer l’avarie peuvent entrer en ligne de compte pour limiter la responsabilité: [. . .] Le *South Carolina*, je le répète, a été déchargé de toute faute en l’espèce. Seuls l’*Ohio* et le *Widener* ont été jugés négligents. Par ailleurs, il ne ressort pas des constatations des juridictions inférieures que le *South Carolina* a contribué de

following Captain Kelch's instructions with respect to the location of the turn and the speed at which it travelled. Said differently, it did not physically contribute to the collision in any manner. The resulting damage to the *Widener* and the *Rhône* would have arisen notwithstanding the role of the *South Carolina*. In light of these facts, the *South Carolina* cannot be held to be a "guilty" vessel or part of the "wrongdoing mass".

In my view, it would be stretching the principles of causation beyond their proper limits to hold a vessel not physically causing the impugned damage nor responsible for the navigation of the vessel which in fact physically caused the damage to be part of the "wrongdoing mass". While it may appear to be unjust to limit a shipowner's liability to only one vessel when it has a second vessel which may be used to satisfy a plaintiff's loss, we must remember, as Lord Denning pointed out in *The Bramley Moore*, . . . that the rationale for limitation of liability rests on public policy concerns and not necessarily on considerations of justice. As stated above, the purpose of these limitation provisions generally is to promote international trade and merchant shipping by giving shipowners the protection of limited liability. In my opinion, it would be counter to the intent of these limitation of liability provisions to include within the unit of limitation a helper tug not committing a fault of its own or otherwise physically causing the impugned damage. Therefore, I am of the view that liability should be limited only to the tonnage of the *Ohio*. [Citations omitted.]

[23] Thus, at the time of the decision of the Supreme Court of Canada in *The Rhône*, I conclude that the flotilla principle or the concept of "wrongdoing mass" remained alive and well in Canada, notwithstanding that it may no longer have been the law in England, but its life and wellness applied only in circumstances of common ownership of the vessels comprising the "wrongdoing mass", as well as common causation, and this, in its totality, by reason of public policy concerns and not necessarily on considerations of justice.

[24] The relevant provisions of the Act that were before the Supreme Court of Canada when it considered *The Rhône*, were cited in the reasons for decision as the following [R.S.C. 1970, c. S-9]:

quelque manière à la collision, si ce n'est en suivant les directives du capitaine Kelch relatives à l'endroit du virage et à sa vitesse de navigation. En d'autres termes, le *South Carolina* n'a d'aucune manière contribué matériellement à la collision. Les avaries causées au *Widener* et au *Rhône* se seraient produites indépendamment du rôle joué par le *South Carolina*. Compte tenu de ces faits, le *South Carolina* ne saurait être considéré comme un navire «coupable» ni comme faisant partie de la «masse fautive».

À mon avis, ce serait sortir les principes de la causalité du cadre qui leur est propre que de déclarer partie de la «masse fautive» un navire qui n'a pas matériellement causé les avaries en question et qui n'était pas responsable de la navigation du navire qui les a effectivement causées matériellement. Bien qu'il puisse paraître injuste de limiter à un seul navire la responsabilité d'un propriétaire de navire qui en possède un deuxième susceptible de servir au dédommagement de la perte du demandeur, il faut se rappeler, comme l'a souligné le lord Denning dans l'arrêt *The Bramley Moore* [. . .] que la raison d'être de la limitation de responsabilité repose sur des préoccupations d'ordre public et non pas nécessairement sur des considérations de justice. Comme je l'ai déjà dit, ces dispositions en matière de limitation de responsabilité visent généralement à favoriser les échanges et le commerce maritime internationaux en accordant aux propriétaires de navires la protection de la responsabilité limitée. Selon moi, il serait contraire à l'objet de ces dispositions en matière de limitation de responsabilité si l'on tenait compte, pour limiter la responsabilité, d'un remorqueur d'appoint qui n'a lui-même commis aucune faute ni rien fait d'autre pour causer matériellement l'avarie en question. J'estime en conséquence que la responsabilité doit se limiter à la jauge de l'*Ohio*. [Citations omises.]

[23] Par conséquent, je conclus qu'au moment où la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'affaire *Le Rhône*, le principe de la flottille ou le concept de la «masse fautive» existaient toujours et se portaient bien au Canada, malgré la possibilité qu'ils ne correspondent plus à l'état du droit en Angleterre, mais ils ne s'appliquaient qu'en présence d'un «propriétaire commun» des bâtiments formant la «masse fautive», ainsi que d'une «cause commune» et ce, entièrement, pour des préoccupations d'ordre public et non pas nécessairement pour des considérations de justice.

[24] Voici les dispositions pertinentes de la Loi examinées par la Cour suprême pour trancher l'affaire *Le Rhône* et citées dans ses motifs [S.R.C. 1970, ch. S-9]:

647. . . .

(2) The owner of a ship, whether registered in Canada or not, is not, where any of the following events occur without his actual fault or privity, namely,

. . .

(d) where any loss or damage is caused to any property, other than property described in paragraph (b), or any rights are infringed through

(i) the act or omission of any person, whether on board that ship or not, in the navigation or management of the ship, in the loading, carriage or discharge of its cargo or in the embarkation, carriage or disembarkation of its passengers, or

(ii) any other act or omission of any person on board that ship;

liable for damages beyond the following amounts, namely,

. . .

(f) in respect of any loss or damage to property or any infringement of any rights mentioned in paragraph (d), an aggregate amount equivalent to 1,000 gold francs for each ton of that ship's tonnage.

. . .

649. (1) Sections 647 and 648 extend and apply to

. . .

. . . any person acting in the capacity of master or member of the crew of a ship and to any servant of the owner or of any person described in paragraphs (a) to (c) where any of the events mentioned in paragraphs 647(2)(a) to (d) occur, whether with or without his actual fault or privity.

(2) The limits set by section 647 to the liabilities of all persons whose liability is limited by section 647 and subsection (1) of this section arising out of a distinct occasion on which any of the events mentioned in paragraphs 647(2)(a) to (d) occurred apply to the aggregate of such liabilities incurred on that occasion.

[25] Mr. Justice Iacobucci's reasons note that the foregoing provisions, when he was writing, were represented in Chapter S-9 of the Revised Statutes of Canada, 1985, by the opening words of subsection 575(1) and paragraphs (d) and (f) of that subsection and section 577. The full text of subsection 577(1) of the Act, as it appeared in Chapter S-9 of the Revised Statutes of Canada, 1985, reads as follows:

647. . . .

(2) Le propriétaire d'un navire, immatriculé ou non au Canada, n'est pas, lorsque l'un quelconque des événements suivants se produit sans qu'il y ait faute ou complicité réelle de sa part, savoir:

[. . .]

d) avarie ou perte de biens, autres que ceux qui sont mentionnés à l'alinéa b), ou violation de tout droit

(i) par l'acte ou l'omission de toute personne, qu'elle soit ou non à bord du navire, dans la navigation ou la conduite du navire, le chargement, le transport ou le déchargement de sa cargaison, ou l'embarquement, le transport ou le débarquement de ses passagers, ou

(ii) par quelque autre acte ou omission de la part d'une personne à bord du navire;

responsable des dommages-intérêts au-delà des montants suivants, savoir:

[. . .]

f) à l'égard de toute avarie ou perte de biens ou de toute violation des droits dont fait mention l'alinéa d), un montant global équivalent à 1,000 francs-or pour chaque tonneau de jauge du navire.

[. . .]

649. (1) Les articles 647 et 648 s'étendent et s'appliquent

[. . .]

[. . .] à toute personne agissant en qualité de capitaine ou à tout membre de l'équipage d'un navire et à tout employé du propriétaire ou de toute personne dont font mention les alinéas a) à c) lorsque l'un quelconque des événements mentionnés aux alinéas 647(2)a) à d) se produit, qu'il y ait ou non faute ou complicité réelle de leur part.

(2) Les limites que l'article 647 impose aux obligations de toutes les personnes dont la responsabilité est restreinte par l'article 647 et le paragraphe (1) du présent article, qui découlent d'une occasion distincte où est survenue l'un ou l'autre des événements mentionnés aux alinéas 647(2)a) à d), s'appliquent à l'ensemble desdites obligations encourues à cette occasion.

[25] Dans ses motifs, le juge Iacobucci souligne qu'au moment où il a rédigé son opinion, les dispositions qui précèdent étaient reprises dans le chapitre S-9 des Lois révisées du Canada (1985), dont elles constituaient la disposition introductive du paragraphe 575(1) et les alinéas d) et f) de ce paragraphe, ainsi que l'article 577. Voici le texte intégral du paragraphe 577(1) de la Loi, tel qu'il figure dans le chapitre S-9 des Lois révisées du Canada (1985):

577. (1) Sections 575 and 576 extend and apply to

(a) the charterer of a ship,

(b) any person having an interest in or possession of a ship from and including the launching thereof, and

(c) the manager or operator of a ship and any agent of a ship made liable by law for damage caused by the ship

where any of the events mentioned in paragraphs 575(1)(a) to (d) occur without their actual fault or privity, and to any person acting in the capacity of master or member of the crew of a ship and to any servant of the owner or of any person described in paragraphs (a) to (c) where any of the events mentioned in paragraphs 575(1)(a) to (d) occur, whether with or without his actual fault or privity. [Emphasis added.]

[26] Following the decision of the Supreme Court of Canada in *The Rhône*, by Chapter 6 of the Statutes of Canada, 1998, assented to on the 12th of May of that year, the heading preceding section 574 and sections 574 to 584 of the Act were repealed and replaced. The new provisions most relevant for the purposes of this matter are the following:

*Limitation of Liability
for Maritime Claims*

574. The definitions in this section apply in this section and in sections 575 to 583.

“Convention” means the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976, concluded at London on November 19, 1976, as amended by the Protocol. Articles 1 to 15 of the Convention are set out in Part I of Schedule VI and Article 18 of the Convention is set out in Part II of that Schedule.

“Protocol” means the Protocol of 1996 to amend the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976, concluded at London on May 2, 1996. Articles 8 and 9 of the Protocol are set out in Part II of Schedule VI.

575. (1) Articles 1 to 6 and 8 to 15 of the Convention have the force of law in Canada.

. . .

(3) In the event of any inconsistency between sections 576 to 583 and Articles 1 to 15 of the Convention, those sections prevail to the extent of the inconsistency.

577. (1) Les articles 575 et 576 s'appliquent:

a) à l'affrètement d'un navire;

b) à toute personne ayant un intérêt dans un navire ou la possession d'un navire, à compter du lancement de ce navire et y compris ce lancement;

c) au gérant ou à l'exploitant d'un navire ou tout agent d'un navire tenu responsable par la loi de dommages causés par le navire,

lorsque l'un quelconque des événements mentionnés aux alinéas 575(1)a) à d) se produit sans qu'il y ait faute ou complicité réelle de leur part, ainsi qu'à toute personne agissant en qualité de capitaine ou à tout membre de l'équipage d'un navire et à tout employé du propriétaire ou de toute personne dont font mention les alinéas a) à c) lorsque l'un quelconque des événements mentionnés aux alinéas 575(1)a) à d) se produit, qu'il y ait ou non faute ou complicité réelle de leur part. [Non souligné dans l'original.]

[26] Après le prononcé de l'arrêt *Le Rhône* par la Cour suprême du Canada, le chapitre 6 des Lois du Canada 1998, sanctionné le 12 mai 1998, a abrogé et remplacé le titre précédant l'article 574, ainsi que les articles 574 à 584 de la Loi. Les nouvelles dispositions pertinentes à l'issue de la présente instance sont les suivantes:

*Limitation de responsabilité en
matière de créances maritimes*

574. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 575 à 583.

«Convention» La Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes conclue à Londres le 19 novembre 1976, dans sa version modifiée par le Protocole, dont les articles 1 à 15 figurent à la partie I de l'annexe VI et l'article 18 figure à la partie II de cette annexe.

«Protocole» Le Protocole de 1996 modifiant la Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes signé à Londres le 2 mai 1996, dont les articles 8 et 9 figurent à la partie II de l'annexe VI.

575. (1) Les articles 1 à 6 et 8 à 15 de la Convention ont force de loi au Canada.

[. . .]

(3) Les articles 576 à 583 l'emportent sur les dispositions incompatibles des articles 1 à 15 de la Convention.

576. . . .

(3) The definitions in this subsection apply in this section, sections 577 to 583 and Schedule VI.

. . .

“shipowner” means an owner, charterer, manager or operator of a ship, whether seagoing or not, and includes any other person having an interest in or possession of a ship from and including the launching of it.

577. (1) The maximum liability of a shipowner for claims arising on any distinct occasion involving a ship with a tonnage of less than 300 tons, other than claims mentioned in section 578, is

(a) in respect of claims for loss of life or personal injury, \$1,000,000; and

(b) in respect of any other claims, \$500,000.

(2) For the purposes of subsection (1), a ship’s tonnage is the gross tonnage calculated in accordance with the tonnage measurement rules contained in Annex I of the International Convention on Tonnage Measurement of Ships, 1969, concluded at London on June 23, 1969, including any amendments, whenever made, to the Annexes or Appendix to that Convention. [Emphasis added.]

[27] By section 26 of the Statutes of Canada, 1998, chapter 6, (the “1998 amendments”), the Convention was added as Schedule VI to the Act.

[28] By reason of the 1998 amendments, counsel for the respondent/defendant CPR urged that the decision of the Supreme Court of Canada in *The Rhône*, has been overtaken and that, on the facts of this matter including among them the separate ownership of the *Sheena M* and the *Rivtow 901*, this Court should now aggregate the tonnage of the *Sheena M* and the *Rivtow 901* for the purpose of determining the *quantum* of the limitation fund of the applicants/plaintiffs in this matter. Counsel for CPR urged this result on two grounds: first, because the traditional Canadian “flotilla principle”, at least impliedly endorsed by the Supreme Court of Canada in *The Rhône*, is satisfied in that, by reason of the definition “shipowner” in subsection 576(3) of the Act, the applicant/plaintiff Bayside Towing Ltd. was, at all relevant times, the “shipowner” of both the *Sheena M* and the *Rivtow 901*; and secondly, because the amended legislation creates a new Canadian “flotilla principle” under

576. [. . .]

(3) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article et aux articles 577 à 583 ainsi qu’à l’annexe VI.

[. . .]

«propriétaire de navire» S’entend du propriétaire, de l’affréteur, de l’armateur ou de l’armateur-gérant d’un navire—qu’il soit destiné ou non à la navigation maritime—, y compris toute autre personne ayant un intérêt dans le navire ou la possession du navire à compter du lancement de celui-ci et y compris ce lancement.

577. (1) La limite de responsabilité du propriétaire d’un navire jaugeant moins de 300 tonneaux à l’égard de créances—autres que celles mentionnées à l’article 578—nées d’un même événement est fixée à:

a) un million de dollars pour les créances pour mort ou lésions corporelles;

b) cinq cent mille dollars pour les autres créances.

(2) Pour l’application du paragraphe (1), la jauge du navire est la jauge brute calculée conformément aux règles de jaugeage prévues à l’annexe I de la Convention internationale de 1969 sur le jaugeage des navires, signée à Londres le 23 juin 1969, y compris les modifications dont les annexes ou l’appendice de cette convention peuvent faire l’objet, indépendamment du moment où elles sont apportées. [Non souligné dans l’original.]

[27] La Convention est devenue l’annexe VI de la Loi par application de l’article 26 des Lois du Canada 1998, chapitre 6, (les modifications de 1998).

[28] Compte tenu des modifications de 1998, l’avocat de l’intimée/défenderesse CP a fait valoir que la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Le Rhône* ne s’appliquait plus et que, eu égard aux faits de l’espèce, dont le fait que le *Sheena M* et le *Rivtow 901* n’appartiennent pas au même propriétaire, la Cour devait additionner les jauges du *Sheena M* et du *Rivtow 901* pour fixer le montant du fonds de limitation des requérants/demandeurs. L’avocat de CP a invoqué deux moyens à l’appui de ce résultat: premièrement, il respecterait le «principe de la flottille», approuvé au moins implicitement par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Le Rhône*, car la requérante/demanderesse était, à toutes les époques pertinentes, «propriétaire» à la fois du *Sheena M* et du *Rivtow 901*, par application de la définition du terme «propriétaire de navire» énoncée dans le paragraphe 576(3) de la Loi; deuxièmement, la loi, dans sa version modifiée, crée un nouveau «principe de la

which “causative negligence” and “common ownership” are no longer relevant considerations.

[29] Counsel for the applicants/plaintiffs urged that I should reject the submissions of counsel for CPR on both counts on the basis of the intent underlying both the Convention and the 1998 amendments.

- (a) The traditional Canadian “flotilla principle”—is it satisfied on the facts of this matter?

[30] In *Limitation of Liability for Maritime Claims*,⁶ the authors wrote under the heading “Introduction” at page 3:

The International Conference on the Limitation of Liability for Maritime Claims took place in London between 1 and 19 November, 1976 under the auspices of the International Maritime Organization (IMO). It was generally accepted by those attending the Conference that the rules relating to the limitation of liability for maritime claims enshrined in the 1924 and 1957 Limitation Conventions required updating. It was agreed at the Conference that the limitation figures contained in the 1957 Convention needed to be increased and that the new limitation figures should be accompanied by a mechanism to accommodate problems of inflation. It was also agreed that the circumstances in which the right to limit should be forfeit needed reviewing.

It was recognised that the previous system of limitation had given rise to too much litigation and there was a desire that this should be avoided in future. There was agreement that a balance needed to be struck between the desire to ensure on the one hand that a successful claimant should be suitably compensated for any loss or injury which he had suffered and the need on the other hand to allow shipowners, for public policy reasons, to limit their liability to an amount which was readily insurable at a reasonable premium.

The solution which was finally adopted to resolve the competing requirements of claimant and defendant was (a) the establishment of a limitation fund which was as high as a shipowner could cover by insurance at a reasonable cost, and (b) the creation of a virtually unbreakable right to limit liability.

The text of the 1976 Convention finally adopted by the Conference therefore represents a compromise. In exchange for the establishment of a much higher limitation fund claimants would have to accept the extremely limited

flottille» canadien, en application duquel la «négligence causale» et l’existence d’un «propriétaire commun» ne constituent plus des facteurs pertinents.

[29] L’avocat des requérants/demandeurs a soutenu que je devais rejeter les prétentions de l’avocat de CP relativement à ces deux moyens compte tenu de l’intention qui sous-tend tant la Convention que les modifications de 1998.

- a) Les faits de l’espèce satisfont-ils au «principe de la flottille» canadien traditionnel?

[30] Dans l’ouvrage intitulé *Limitation of Liability for Maritime Claims*⁶, les auteurs écrivent, sous le titre «Introduction», à la page 3:

[TRADUCTION] La Conférence internationale sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes a eu lieu à Londres du 1^{er} au 19 novembre 1976 sous les auspices de l’Organisation maritime internationale (OMI). Les participants à la conférence ont accepté dans l’ensemble que les règles régissant la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes inscrites dans les Conventions sur la limitation de la responsabilité de 1924 et de 1957 devaient être actualisées. On a reconnu, lors de la Conférence, que les limites incluses dans la Convention de 1957 devaient être haussées et que les nouvelles limites devaient être assorties d’un mécanisme qui remédierait aux problèmes d’inflation. On a aussi convenu qu’il fallait réviser les circonstances entraînant la perte du droit à la limitation.

On a reconnu que le régime antérieur de limitation avait donné lieu à de trop nombreux litiges, ce que l’on voulait éviter à l’avenir. On s’entendait pour dire qu’il fallait établir un équilibre entre, d’une part, le désir de veiller à ce qu’un créancier qui a gain de cause soit indemnisé convenablement pour les pertes et préjudices qu’il a subis et, d’autre part, la nécessité de permettre aux propriétaires de navires, pour des motifs d’ordre public, de limiter leur responsabilité à un montant qui puisse être couvert sans problème par une assurance, moyennant une prime raisonnable.

La solution retenue, en bout de ligne, pour concilier les exigences du créancier et du défendeur consiste à a) établir un fonds de limitation correspondant au montant maximal de l’assurance que le propriétaire d’un navire peut obtenir à un coût raisonnable et à b) créer un droit à la limitation de la responsabilité pratiquement impossible à écarter.

Le texte de la Convention de 1976 arrêté par la Conférence constitue donc un compromis. En échange de l’établissement d’un fonds de limitation beaucoup plus élevé, les créanciers devraient accepter que la possibilité d’écarter le droit à la

opportunities to break the right to limit liability. Under the 1976 Convention the right to limit liability is lost only when the claimant can prove willful intent or recklessness on the part of the person seeking to limit. [Citation omitted.]

[31] Paragraph 2 of Article 1 of the Convention defines the term “shipowner” in words that are narrower than those reflected in subsection 576(3) of the Act, as enacted in the 1998 amendments to the Act. The basis for the broader definition “shipowner” in the 1998 amendments was explained at page 23 of a Transport Canada paper entitled *Limitation of Liability for Maritime Claims: Discussion Paper*⁷ in the following terms:

60. It was already noted that the 1957 Convention has been extended to apply not only to shipowners but also to charterers, managers, operators and “any person having an interest in or possession of a ship”. Article 1(2) of the 1976 Convention provides a similar scope of application but “person in possession, etc.” is not mentioned. It is proposed, therefore, to modify Article 1(2) to include such persons so as to maintain the current scope of application of the CSA. [Emphasis added.]

[32] On December 2, 1997, the Honourable David Collenette, then Minister of Transport, appeared before the Standing Senate Committee on Transport and Communications and made the following statement [at page 3:10]:⁸

Bill S-4 also modifies some provisions of the Convention in order to better meet Canadian requirements, particularly in respect of the application to all ships and the application to any person in possession of a ship. These modifications have been done in conjunction with the definition of “shipowner” to ensure that the new regime will continue to apply to all vessels, seagoing or not, and also to people who have possession of a ship—for example, ship repairers. [Emphasis added.]

On the basis of the foregoing, counsel for the applicants/plaintiffs urged that I should not read too much into the definition “shipowner” enacted by the 1998

limitation de la responsabilité soit extrêmement limitée. Sous le régime de la Convention de 1976, la perte du droit à la limitation de la responsabilité ne survient que si le créancier peut prouver la faute intentionnelle ou la témérité de la personne qui veut limiter sa responsabilité. [Citation omise.]

[31] Le paragraphe 2 de l'article premier de la Convention définit l'expression «propriétaire de navire» dans des termes plus étroits que ceux employés au paragraphe 576(3) de la Loi, tel qu'il a été édicté par les modifications de 1998. La raison de l'élargissement de la définition de l'expression «propriétaire de navire» dans les modifications de 1998 a été expliquée comme suit à la page 23 du document de Transport Canada intitulé *La limitation de responsabilité en matière de créances Maritimes: document de travail*⁷:

60. Il a déjà été noté que le champ d'application de la Convention de 1957 avait été élargi pour en rendre les règles applicables non seulement aux propriétaires des navires, mais également aux affrèteurs, aux «gérants» ou aux exploitants de navires, et «à toute personne ayant un intérêt dans un navire ou la possession d'un navire». L'article 1(2) de la Convention de 1976 a également un champ d'application élargi, mais les «personnes ayant . . . la possession d'un navire» n'y ont pas été incluses. Il est proposé, par conséquent, de modifier l'article 1(2), pour y inclure celles-ci, de façon à conserver le champ d'application actuel de la LMMC. [Non souligné dans l'original.]

[32] Le 2 décembre 1997, l'honorable David Collenette, alors ministre des Transports, a comparu devant le Comité sénatorial permanent des transports et des communications et a affirmé ce qui suit⁸ [à la page 3:10]:

Le projet de loi S-4 modifie également quelques dispositions de la convention afin de mieux l'adapter aux exigences canadiennes, particulièrement en ce qui a trait à l'application à tous les navires ainsi que l'application à toute personne qui a la possession du navire. Le but de ces modifications, qui ont été intégrées à la définition de propriétaire de navire, est d'assurer que le nouveau régime continuera de s'appliquer à tous les navires, qu'ils soient destinés ou non à la navigation au long cours, ainsi qu'aux personnes ayant la possession du navire, par exemple un réparateur de navire. [Non souligné dans l'original.]

En s'appuyant sur ce qui précède, l'avocat des requérants/demandeurs a soutenu que je ne devais pas interpréter trop largement la définition de l'expression

amendments and, in particular, I should not read into it an intent to extend the application of the “flotilla principle” in Canada.

[33] I am satisfied that I am entitled to rely on the foregoing statements as interpretive aids but they are, of course, not binding as to the intent of Parliament.⁹

[34] By contrast, counsel for CPR urged that the new definition “shipowner”, extending as it does to “managers”, “operators” and “other persons having possession” should be interpreted as signaling Parliament’s intention to broaden the scope of persons who are considered “shipowners” for the purpose of combining tonnage under the traditional Canadian “flotilla principle”. Counsel urged that I should adopt the “plain meaning” of the words used by Parliament in the new definition “shipowner”.

[35] At first blush, the argument of counsel for the respondent/defendant CPR as to the impact of the new definition “shipowner” is attractive. That definition clearly and unequivocally extends the concept “shipowner” well beyond traditional concepts of ownership. However, I am satisfied that the definition should not be read in abstract from the fact that, in the previous iteration of the limitation of liability provisions of the Act, that is to say, the iteration that appeared in Chapter S-9 of the Revised Statutes of Canada, 1985, the substantive limitation of liability provisions were extended, not by the definition “shipowner”, but by section 577 to apply, in addition to traditional owners, to charterers, to persons having an interest in or possession of a ship from and including the launching thereof and to managers or operators of a ship. In short, I conclude that the addition of the definition “shipowner”, through the 1998 amendments, amounted to nothing more than a drafting device that, whether or not it clarified the provisions of the Act, shortened and simplified those provisions without effecting any change in substance. In effect, the law before me is in substance the same as the law that was before the Supreme Court of Canada in *The Rhône*.

«propriétaire de navire» édictée par les modifications de 1998 et, plus précisément, que je ne devais pas y déceler une intention d’étendre l’application du «principe de la flotille» au Canada.

[33] Je suis convaincu d’être autorisé à utiliser les déclarations qui précèdent comme outils d’interprétation, mais elles ne me lient pas quant à l’intention du législateur⁹.

[34] À l’opposé, l’avocat de CP a fait valoir que la nouvelle définition de l’expression «propriétaire de navire», qui s’étend à «l’armateur», à «l’armateur-gérant» et à toute «personne ayant [. . .] la possession d’un navire», doit s’interpréter comme dénotant l’intention du législateur d’élargir l’ensemble des personnes considérées comme des «propriétaires de navire» aux fins de combiner les jauges en application du «principe de la flotille» canadien traditionnel. L’avocat soutient que je dois retenir le «sens évident» des mots utilisés par le législateur dans la nouvelle définition de l’expression «propriétaire de navire».

[35] À prime abord, l’argument de l’avocat de l’intimée/défenderesse CP quant à l’incidence de la nouvelle définition de l’expression «propriétaire de navire» paraît attrayante. Cette définition élargit clairement et de façon non équivoque le concept de «propriétaire de navire» au-delà des concepts traditionnels de propriété. Toutefois, je suis convaincu que cette définition ne devrait pas être interprétée en faisant abstraction du fait que, dans le texte antérieur reprenant les dispositions de la Loi concernant la limitation de la responsabilité, c’est-à-dire le texte figurant dans le chapitre S-9 des Lois révisées du Canada (1985), les dispositions substantielles régissant la limitation de responsabilité ont été élargies, non pas au moyen de la définition de l’expression «propriétaire de navire», mais par l’application de l’article 577, non seulement aux propriétaires traditionnels, mais encore aux affrêteurs, aux personnes ayant un intérêt dans un navire ou la possession d’un navire, à compter du lancement de ce navire et y compris ce lancement, et au gérant ou à l’exploitant d’un navire. En résumé, je conclus que l’ajout de la définition de l’expression «propriétaire de navire», par les modifications de 1998, ne constituait rien de plus qu’un mécanisme de

[36] On the facts of *The Rhône*, the Supreme Court found that the traditional Canadian “flotilla principle” was not satisfied because there was no common ownership of the tug *Ohio* and the dumb barge *Widener*, whether or not they could be taken together to constitute a “wrongdoing mass”. Based upon my conclusion that, in substance, the law has not changed since *The Rhône* was before the Supreme Court of Canada, I feel compelled to reach the same conclusion here as was reached there, that is to say, that against the traditional Canadian “flotilla principle”, the limitation of liability should be calculated on the tonnage of the tug *Sheena M* alone and not on the combined tonnage of the *Sheena M* and the dumb barge *Rivtow 901*.

[37] In reaching this conclusion, I do not rely on the previously quoted aids to statutory interpretation drawn from circumstances surrounding the adoption of the Convention and its related protocol, and the further adoption of the Convention and related protocol into the Act in 1998. However, I derive satisfaction that the conclusion I have reached would appear to be consistent with the substance of those aids to interpretation.

- (b) Do the 1998 amendments create a new Canadian “flotilla principle” under which “causative negligence” and “common ownership” are no longer relevant considerations?

[38] Counsel for CPR essentially urged that both Lord Denning and Justice Iacobucci acknowledge the lack of justice in the current “flotilla principle” and that Parliament, through the 1998 amendments to the Act, has provided the opportunity for this Court to shed that principle.

[39] For ease of reference, I repeat here the quotation from Lord Justice Denning in *The Bramley Moore*

rédaction qui a raccourci et simplifié les dispositions de la Loi, qu’elle les ait clarifiées ou non, mais sans y apporter de changement substantiel. La loi que je dois appliquer est donc identique, pour l’essentiel, à la loi que la Cour suprême du Canada a appliquée dans l’arrêt *Le Rhône*.

[36] Dans l’affaire *Le Rhône*, la Cour suprême a conclu que les faits n’enclenchaient pas l’application du «principe de la flottille» canadien traditionnel parce que le remorqueur *Ohio* et le chaland non propulsé *Widener* n’appartenaient pas au même propriétaire, peu importe qu’ils aient pu être considérés ensemble comme constituant la «masse fautive». Étant donné ma conclusion que le droit n’a pas subi de changement substantiel depuis l’examen de l’affaire *Le Rhône* par la Cour suprême du Canada, je m’estime tenu de tirer la même conclusion en l’espèce que dans cette affaire, c’est-à-dire que, selon le «principe de la flottille» canadien traditionnel, la limite de la responsabilité doit être calculée en fonction de la jauge du remorqueur *Sheena M* seulement et non des jauges combinées du *Sheena M* et du chaland non propulsé *Rivtow 901*.

[37] J’ai tiré cette conclusion sans m’appuyer sur les outils d’interprétation législative susmentionnés découlant des circonstances entourant l’adoption de la Convention et du protocole qui s’y rattache et de leur édicition dans la Loi de 1998. Toutefois, j’ai la conviction que ma conclusion serait compatible, sur le plan substantiel, avec ces outils d’interprétation.

- b) Les modifications de 1998 créent-elles un nouveau «principe de la flottille» canadien, en application duquel la «négligence causale» et l’existence d’un «propriétaire commun» ne constituent plus des facteurs pertinents?

[38] L’avocat de CP a soutenu essentiellement que lord Denning et le juge Iacobucci reconnaissent que l’actuel «principe de la flottille» ne sert pas entièrement la justice et que le législateur a donné à la Cour, au moyen des modifications législatives de 1998, la possibilité d’abandonner ce principe.

[39] Par souci de commodité, je répète ci-dessous les propos tenus par lord Denning dans l’affaire *The*

that appears in the reasons of Mr. Justice Iacobucci in *The Rhône*, *supra*, at page 532:

The principle underlying limitation of liability is that the wrongdoer should be liable according to the value of his ship and no more. A small tug has comparatively small value and it should have a correspondingly low measure of liability, even though it is towing a great liner and does great damage. I agree that there is not much room for justice in this rule; but limitation of liability is not a matter of justice. It is a rule of public policy which has its origin in history and its justification in convenience. [Emphasis added.]

[40] Mr. Justice Iacobucci, himself, appears to have shared Lord Justice Denning's concern when he wrote in *The Rhône* at page 541, and once again, this passage is repeated here as a matter of convenience:

As stated above, the purpose of these limitation provisions generally is to promote international trade and merchant shipping by giving shipowners the protection of limited liability. In my opinion, it would be counter to the intent of these limitation of liability provisions to include within the unit of limitation a helper tug not committing a fault of its own or otherwise physically causing the impugned damage. Therefore, I am of the view that liability should be limited only to the tonnage of the *Ohio*.

[41] Presumably, Mr. Justice Iacobucci would, like Lord Justice Denning, have said the same thing with respect to a dumb barge not in common ownership with the tug in question where the "unit of limitation" is restricted to the tug alone by reason of lack of common ownership.

[42] Counsel for CPR urged that, through the 1998 amendments made by Parliament that shifted the right to limit damage from a basis of damage caused by acts or omissions in the navigation or management of a ship to a regime where the right of limitation was for damage occurring in "direct connexion" with the operation of a shipowners' vessel, Parliament provided an invitation to the courts to rethink the traditional "flotilla principle" and urged that I should do so.

Bramley Moore et cités dans les motifs du juge Iacobucci dans l'affaire *Le Rhône*, précitée, à la page 532:

[TRADUCTION] Le principe sous-tendant la limitation de la responsabilité est que l'auteur de la faute devrait être tenu responsable suivant au plus la valeur de son navire. Un petit remorqueur a une valeur moindre et devrait ainsi encourir un degré moindre de responsabilité, même s'il prend en remorque un gros navire de ligne et cause d'importants dommages. Je conviens que cette règle n'est pas particulièrement juste, mais la limitation de responsabilité n'est pas une question de justice. C'est une règle dictée par l'intérêt public qui puise son origine dans l'histoire et qui se justifie par son utilité. [Non souligné dans l'original.]

[40] Le juge Iacobucci partageait apparemment cette préoccupation de lord Denning lorsqu'il a exprimé l'opinion suivante, à la page 541 de l'arrêt *Le Rhône*, que je reproduis également ci-dessous par souci de commodité:

Comme je l'ai déjà dit, ces dispositions en matière de limitation de responsabilité visent généralement à favoriser les échanges et le commerce maritime internationaux en accordant aux propriétaires de navires la protection de la responsabilité limitée. Selon moi, il serait contraire à l'objet de ces dispositions en matière de limitation de responsabilité si l'on tenait compte, pour limiter la responsabilité, d'un remorqueur d'appoint qui n'a lui-même commis aucune faute ni rien fait d'autre pour causer matériellement l'avarie en question. J'estime en conséquence que la responsabilité doit se limiter à la jauge de l'*Ohio*.

[41] On peut supposer que le juge Iacobucci aurait, à l'instar de lord Denning, affirmé la même chose relativement à un chaland non propulsé n'appartenant pas au même propriétaire que le remorqueur en cause, la limite étant alors calculée en fonction du remorqueur seul en raison de l'absence de propriétaire commun.

[42] L'avocat de CP a fait valoir qu'en adoptant les modifications de 1998, qui ont remplacé le droit à la limitation des dommages-intérêts relatif aux avaries résultant d'actes ou d'omissions dans la navigation ou la conduite d'un navire par un régime en vertu duquel le droit à la limitation s'applique aux avaries «en relation directe» avec l'exploitation du navire d'un propriétaire de navire, le législateur avait invité les tribunaux à repenser le «principe de la flottille» traditionnel et a soutenu que la Cour devait donner suite à cette invitation.

[43] Counsel cited Davison and Snelson in *The Law of Towage*¹⁰ to the following effect:

The change from a regime restricting the right to limit to damage caused by acts or omissions in the navigation or management of the ship to a regime where the right to limit exists “whatever the basis of liability may be” may have affected this issue. Although the principle stated by Lord Denning in *The Bramley Moore*, namely that limitation is a right based on policy and not on justice, undoubtedly holds good, the basis of the decision discussed above is the concept of causative negligence in the “navigation or management” of a vessel. Now that the party wishing to limit only has to show that liability arose “in direct connection with the operation of the ship” (Art. 2(1)(a)) there may be less reason to restrict the fund to the tonnage of the tug alone. Indeed, both the Court of Appeal in *The Bramley Moore* and Kerr J. in *The Sir Joseph Rawlinson* were, in a sense, compelled to adopt a restrictive approach by the dilemma that if the crew of the tug were navigating both tug and tow and the causative negligence was negligence in the navigation of both, then it necessarily followed that there would be unlimited liability in respect of the navigation of the tow, unless tug and tow were in common ownership. That dilemma has been removed by the much more open wording of the 1976 Convention. [Emphasis added.]

I note that the learned authors speak in the conditional tense with regard to the effect that the Convention may have had.

[44] Davison and Snelson, in the foregoing quotation, refer to the decision of Mr. Justice Kerr in *Sir Joseph Rawlinson, The*. In that decision,¹¹ Mr. Justice Kerr wrote at page 445:

In my judgment all of these submissions have great force. I am however driven to the conclusion that in the face of *The Bramley Moore* Mr. Thomas cannot succeed on these submissions in this Court and probably (though this is not for me to say) nowhere short of the House of Lords, for two reasons.

First, there is the passage by Lord Denning, giving the unanimous judgment of the Court of Appeal, about the effect of causation It seems to me that on the basis of

[43] L’avocat a cité l’ouvrage intitulé *The Law of Towage*¹⁰, de Davison et Snelson, qui dit:

[TRADUCTION] Le fait que l’on ait passé d’un régime restreignant le droit de limiter la responsabilité aux dommages causés par des actes ou des omissions dans la navigation ou dans la conduite du navire à un régime dans lequel le droit de limiter pareille responsabilité existe, et ce, «quel que soit le fondement de la responsabilité» peut avoir influé sur cette question. Le principe énoncé par lord Denning dans la décision *The Bramley Moore*, à savoir que la limitation est un droit fondé sur l’intérêt public et non sur la justice, est indubitablement valable, mais la décision examinée ci-dessus est fondée sur la notion de négligence causale «dans la navigation ou dans la conduite» d’un navire. Maintenant que la partie qui veut limiter sa responsabilité doit uniquement démontrer que la responsabilité est «directement liée à l’exploitation du navire» (Art. 2(1)a), il est peut-être moins justifié de restreindre le fonds à la jauge du remorqueur seulement. De fait, la Cour d’appel dans l’arrêt *The Bramley Moore* et le juge Kerr dans la décision *The Sir Joseph Rawlinson* ont dans un certain sens été contraints à adopter une approche restrictive compte tenu du dilemme résultant du fait que, si l’équipage du remorqueur conduit tant le remorqueur que le bâtiment remorqué et si la négligence causale est une négligence commise dans la navigation des deux bâtiments, il s’ensuit nécessairement qu’en ce qui concerne la navigation du bâtiment remorqué, la responsabilité serait illimitée à moins que le remorqueur et le bâtiment remorqué n’appartiennent au même propriétaire. Le libellé beaucoup plus explicite de la Convention de 1976 fait disparaître ce dilemme. [Non souligné dans l’original.]

Je constate que ces savants auteurs utilisent le verbe pouvoir et l’adverbe «peut-être» relativement à l’effet que pourrait avoir la Convention.

[44] Dans la citation qui précède, Davison et Snelson se reportent à la décision rendue par le juge Kerr dans l’affaire *Sir Joseph Rawlinson, The*. Dans cette décision¹¹, le juge Kerr a écrit ce qui suit, à la page 445:

[TRADUCTION] À mon avis, tous ces arguments sont très convaincants. J’arrive toutefois à la conclusion que, compte tenu de l’arrêt *The Bramley Moore*, M. Thomas ne peut avoir gain de cause en invoquant ces arguments devant la Cour et probablement (bien que pareille affirmation ne soit pas de mon ressort) devant aucun autre tribunal si ce n’est la Chambre des lords, et ce pour deux motifs.

D’abord il y a le passage de lord Denning, qui a rédigé l’arrêt unanime de la Cour d’appel, traitant de l’effet de la causalité [. . .] Il me semble que, d’après ce passage, la

that passage the only causative negligence, which is the negligence to which one must look, must in cases such as this be regarded as negligence in the navigation of the tug, and not negligence in the navigation of the tow or negligence in the navigation of both the tug and tow. Accordingly, whilst it is apparently still correct to say that a person who negligently navigates a tug towing something may be negligent in the navigation both of the tug and the tow, in particular where the damage is caused wholly or as in the present case partly by the tow, it seems to me that the effect of the decision of the Court of Appeal is that the *causative* negligence is in such cases to be treated as negligence in the navigation of the tug alone. I also consider that if this is the correct approach to the statutory position before 1958, then one cannot say that this has been altered by the 1958 Act.

The second reason why it seems to me that Mr. Thomas cannot in this Court succeed in his argument in the face of *The Bramley Moore*, and a very important one, is that if Lord Denning had been of the view that it could be said that the crew of *The Bramley Moore* was navigating both that tug and the barges in tow, and that the causative negligence was negligent navigation of both, then it would necessarily have followed that the owners of the tug could not have limited their liability at all. There would then have been unlimited liability in respect of the negligent navigation of the tow. That was indeed the dilemma of the argument with which the Court of Appeal was presented and which the Court overcame. It was certainly not part of the *ratio* of the decision of *The Bramley Moore*; in fact, it was the essence of the *ratio* of the decision of the Court of Appeal. [Emphasis added.]

[45] While I am of the view that the submissions of counsel for CPR might be said, as did Mr. Justice Kerr on the case before him, to have great force, for different reasons, I am driven to the conclusion that in the face of the decision of the Supreme Court of Canada in *The Rhône*, and in light of the lack of any clear intention evident on the face of the 1998 amendments to the Act or any clear policy statement to the effect that the intention in enacting those amendments was to fundamentally alter the “flotilla principle” as it applied in Canada, counsel for CPR cannot succeed on this ground in this Court and probably, as Mr. Justice Kerr said, “(though this is not for me to say)” anywhere short of the Supreme Court of Canada.

seule négligence causale, qui est celle dont il faut tenir compte, doit dans des cas comme celui qui nous occupe être considérée comme une négligence dans la navigation du remorqueur et non pas dans la navigation du bâtiment remorqué ni dans la navigation des deux. Par conséquent, bien qu’il paraisse encore être exact de dire qu’une personne qui fait preuve de négligence dans la navigation d’un remorqueur qui tire quelque chose peut faire preuve de négligence dans la navigation à la fois du remorqueur et du bâtiment remorqué, surtout lorsque les avaries sont causées en totalité ou, comme c’est le cas en l’espèce, en partie par le bâtiment remorqué, il me semble découler de l’arrêt de la Cour d’appel que la négligence *causale* doit dans ce genre de cas être considérée comme une négligence dans la navigation du remorqueur seulement. J’estime en outre que si c’est bien ainsi qu’il faut interpréter la disposition législative antérieure à 1958, alors on ne saurait affirmer que la Loi de 1958 y a changé quoi que ce soit.

Le deuxième motif pour lequel il me semble que M. Thomas ne peut avoir gain de cause en faisant valoir son argument devant la Cour, compte tenu de l’arrêt *The Bramley Moore*, et qui est très important, tient au fait que, si lord Denning avait été d’avis que l’équipage du navire *The Bramley Moore* conduisait à la fois le remorqueur et le chaland remorqué et que la négligence causale résidait dans la navigation négligente des deux bateaux, il en aurait nécessairement découlé que les propriétaires du remorqueur n’auraient pas pu limiter leur responsabilité du tout. La responsabilité relative à la navigation négligente du chaland remorqué aurait été ainsi illimitée. C’était en fait le dilemme posé par l’argument soumis à la Cour d’appel et qu’elle a résolu. Cet élément ne faisait certainement pas partie de la *ratio* de l’arrêt *The Bramley Moore*; il était l’essence même de la *ratio* de la décision de la Cour d’appel. [Non souligné dans l’original.]

[45] Selon moi, il serait possible d’affirmer, comme le juge Kerr l’a affirmé dans l’affaire dont il était saisi, que les arguments de l’avocat de CP sont très convaincants, pour différentes raisons; toutefois, j’arrive à la conclusion que, compte tenu de l’arrêt *Le Rhône* de la Cour suprême du Canada et de l’absence d’intention claire qui ressortirait manifestement des modifications législatives de 1998 ou d’un énoncé de politique clair précisant que ces modifications ont été édictées avec l’intention de modifier fondamentalement le «principe de la flottille» tel qu’il s’appliquait au Canada, l’avocat de CP ne peut avoir gain de cause en invoquant ce moyen devant la Cour et probablement, comme l’a dit le juge Kerr, «(bien que pareille affirmation ne soit pas de mon ressort)» devant aucun autre tribunal si ce n’est la Cour suprême du Canada.

[46] As Mr. Justice Kerr wrote in the foregoing quotation:

I also consider that if this is the correct approach to the statutory position before 1958, then one cannot say that this has been altered by the 1958 Act.

Precisely the same must be said here in respect of the 1998 amendments to the Act. I conclude that any intent on the part of Parliament to modify the existing Canadian “flotilla principle” is not in the least clear from the words that Parliament adopted. Further, to the extent that I am entitled to rely on policy statements made in relation to the intent regarding the Convention and in relation to the 1998 amendments, any such policy intention would appear to be negated by those statements.

[47] Counsel for CPR urged that I should be more bold because amendments to the Act, culminating with the 1998 amendments, represent an evolution in such a way that the limitation of liability provisions no longer reflect the original underlying policy of restricting a shipowner’s liability only to the assets he owns, but instead, in the case of tug and tow, reflect a policy to determine a tug owner’s liability based on the propensity of the vessels he is directly operating, those being, on the facts of this matter, the tug and dumb barge, to inflict damage. Counsel further urged that if Parliament’s intent in the 1998 amendments was to continue to reflect the traditional policy of limiting liability only to vessels which are the “assets” of a shipowner, one would expect “shipowner” to be restricted to registered ownership, and the right to limit liability to be restricted to registered owner.

[48] Once again, I feel compelled to reject these submissions. The concept, as noted earlier, of liability on a rather broad definition of “shipowner” was not new with the 1998 amendments. The only change in this regard made by the 1998 amendments to the Act

[46] Je partage l’opinion exprimée par le juge Kerr dans la citation qui suit:

[TRADUCTION] J’estime en outre que si c’est bien ainsi qu’il faut interpréter la disposition législative antérieure à 1958, alors on ne saurait affirmer que la Loi de 1958 y a changé quoi que ce soit.

Il faut tirer exactement la même conclusion concernant les modifications législatives de 1998. Je conclus que toute intention de la part du législateur de modifier le «principe de la flotille» canadien existant ne ressort absolument pas clairement des termes arrêtés par le législateur. De plus, dans la mesure où je peux tenir compte des énoncés de politique formulés au sujet de l’intention relative à la Convention et aux modifications de 1998, ces énoncés semblent contredire pareille intention quant aux principes.

[47] L’avocat de CP a fait valoir que je devrais faire preuve de plus d’audace parce que les modifications apportées à la Loi, qui ont culminé avec les modifications de 1998, ont fait évoluer le droit de telle façon que les dispositions régissant la limitation de la responsabilité ne reflètent plus la politique sous-jacente initiale consistant à restreindre la responsabilité du propriétaire de navire aux seuls biens dont il est propriétaire, mais plutôt, dans le cas d’un remorqueur et du bâtiment qu’il remorque, une politique qui consiste à déterminer la responsabilité du propriétaire du remorqueur en fonction de la tendance des navires qu’il exploite directement, en l’occurrence, le remorqueur et le chaland non propulsé, à causer un dommage. L’avocat a aussi soutenu que, si le législateur avait édicté les modifications de 1998 dans l’intention de maintenir la politique traditionnelle consistant à limiter la responsabilité uniquement aux navires qui sont des «biens» du propriétaire de navire, on s’attendrait à ce que la notion de «propriétaire de navire» soit restreinte à la propriété enregistrée, et que le droit à la limitation de la responsabilité soit restreint au propriétaire enregistré.

[48] Une fois encore, je crois devoir rejeter ces arguments. Comme je l’ai déjà expliqué, le concept de la responsabilité fondé sur une définition plutôt large de l’expression «propriétaire de navire» n’a pas été introduit par les modifications de 1998. Le seul

was, in my considered opinion, a drafting change and not a policy change.

[49] Based upon the foregoing analysis, I conclude that the submission on behalf of CPR that I should interpret the 1998 amendments to the Act as creating a new Canadian “flotilla principle” must also be rejected and the question as to whether the 1998 amendment to the Act reflect a new Canadian “flotilla principle” must, at least at the level of this Court, be answered in the negative.

CONCLUSION

[50] Based upon the foregoing analysis, this application for summary judgment will be granted and the first three reliefs sought by the applicants/plaintiffs and quoted in paragraph 7 of these reasons will be granted. Judgment will issue accordingly.

COSTS

[51] At the close of the hearing of the substantive aspects of this application, it was agreed by counsel then before the Court, particularly taking into account the absence of counsel for the defendant Rivtow Marine Ltd. and the uncertainty of the ultimate outcome, given that I indicated I was going to reserve my judgment, that it would be appropriate to reserve submissions on costs for another day. Judgment and reasons will be signed and distributed to counsel following which the Court will contact counsel with a view to arranging a brief teleconference to discuss the issue of how costs might best be dealt with. For the guidance of counsel, and given the outcome, it is the Court’s view, subject to what counsel may have to say during a teleconference, that costs could reasonably be dealt with by written submissions provided on a relatively short time frame. However it is determined to deal with the issue of costs, following disposition with regard to that issue, a supplementary judgment, if required, will issue.

changement à cet égard apporté par les modifications législatives de 1998 consistait, à ce que je crois fermement, en un changement sur le plan de la rédaction et non des principes.

[49] En m’appuyant sur l’analyse qui précède, je conclus que l’argument présenté au nom de CP selon lequel je devrais interpréter les modifications législatives de 1998 comme créant un nouveau «principe de la flottille» canadien doit aussi être rejeté et que la question de savoir si les modifications législatives de 1998 reflètent un nouveau «principe de la flottille» canadien doit, à tout le moins au niveau de notre Cour, recevoir une réponse négative.

CONCLUSION

[50] Compte tenu de l’analyse qui précède, la demande de jugement sommaire sera accueillie et les trois premières réparations sollicitées par les requérants/demandeurs, citées au paragraphe 7 des présents motifs, seront accordées. Un jugement sera prononcé en conséquence.

LES DÉPENS

[51] À la fin de l’audition des aspects substantiels de la requête, les avocats présents ont convenu, notamment en tenant compte de l’absence de l’avocat de la défenderesse Rivtow Marine Ltd. et de l’incertitude quant à l’issue définitive de l’instance, car j’ai précisé que je mettrais l’affaire en délibéré, qu’il était approprié de reporter à un autre moment la présentation d’observations sur les dépens. Le jugement et les motifs seront signés et remis aux avocats, après quoi la Cour communiquera avec les avocats afin d’organiser une brève téléconférence pour débattre de la meilleure façon d’adjudger les dépens. À titre indicatif, et compte tenu de l’issue de l’instance, la Cour estime, sous réserve des prétentions que les avocats pourraient faire valoir à l’occasion d’une téléconférence, que les dépens peuvent raisonnablement être adjugés sur la base de prétentions écrites produites dans un délai relativement court. Peu importe la façon dont les dépens seront adjugés, une fois cette question tranchée, la Cour prononcera un jugement supplémentaire, si cette mesure s’avère nécessaire.

¹ R.S.C., 1985, c. S-9, as amended [s. 577(1)(b) (as am. by S.C. 1998, c. 6, s. 2)].

² SOR/98-106.

³ See: *Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 F.C. 853 (T.D.).

⁴ [1993] 1 S.C.R. 497.

⁵ [1963] 2 Lloyd's Rep. 429.

⁶ Patrick Griggs and Richard Williams, *Limitation of Liability for Maritime Claims*, 3rd ed. (London: LLP, 1998).

⁷ Transport Canada, Marine Policy and Programs. *Limitation of Liability for Maritime Claims: Discussion Paper*. March 1993.

⁸ *Proceedings* of the Standing Senate Committee on Transport and Communications, 1st Sess., 36th Parl., December 2, 1997.

⁹ See *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1991] 1 F.C. 18 (C.A.), at p. 36; aff'd [1993] 1 S.C.R. 554.

¹⁰ London: Lloyd's of London Press, 1990, at p. 87.

¹¹ [1972] 2 Lloyd's Rep. 437 (Q.B.).

¹ L.R.C. (1985), ch. S-9, modifiée [art. 577(1)(b) (mod. par L.C. 1998, ch. 6, art. 2)].

² DORS/98-106.

³ Voir: *Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 C.F. 853 (1^{re} inst.).

⁴ [1993] 1 R.C.S. 497.

⁵ [1963] 2 Lloyd's Rep. 429.

⁶ Patrick Griggs et Richard Williams, *Limitation of Liability for Maritime Claims*, 3^e éd. (Londres: LLP, 1998).

⁷ Transports Canada, Politiques et programmes marines. *La limitation de responsabilité en matière de créances Maritimes: document de travail*, Mars 1993.

⁸ *Délibérations* du Comité sénatorial permanent des transports et des communications, 1^{re} sess., 36^e lég., 2 décembre 1997.

⁹ Voir *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1991] 1 C.F. 18 (C.A.), à la p. 36; conf. par [1993] 1 R.C.S. 554.

¹⁰ London: Lloyd's of London Press, 1990, à la p. 87.

¹¹ [1972] 2 Lloyd's Rep. 437 (Q.B.).

A-652-99

A-652-99

National Bank of Greece (Canada) (*Appellant/ Applicant*)

Banque Nationale de Grèce (Canada) (*appelante/ demanderesse*)

v.

c.

Bank of Montreal (*Respondent*)

Banque de Montréal (*intimée*)

and

et

Canadian Payments Association (*Respondent/ Intervener*)

Association canadienne des paiements (*intimée/ intervenante*)

INDEXED AS: NATIONAL BANK OF GREECE (CANADA) v. BANK OF MONTREAL (C.A.)

RÉPERTORIÉ: BANQUE NATIONALE DE GRÈCE (CANADA) c. BANQUE DE MONTRÉAL (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Linden and Evans J.J.A.—
Ottawa, December 13, 2000.

Cour d'appel, juges Stone, Linden et Evans, J.C.A.—
Ottawa, 13 décembre 2000.

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Canadian Payments Association panel ordering appellant to pay to Bank of Montreal (BMO) amount of cheque dishonoured as NSF — Motions Judge dismissing judicial review application without first considering applicable standard of review — Standard of review should always be considered by reviewing court before examining administrative tribunal's decision — Motions Judge should only have asked whether compliance panel's determination BMO suffered "loss" unreasonable — Did not err in dismissing application — Panel's conclusion BMO suffered "loss" not unreasonable.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Un groupe de l'Association canadienne des paiements a ordonné à l'appelante de payer à la Banque de Montréal (BM) le montant d'un chèque refusé pour le motif qu'il était sans provision — Le juge des requêtes a rejeté la demande de contrôle judiciaire sans se demander au préalable quelle était la norme de contrôle applicable — Une cour de justice doit toujours se pencher sur la norme de contrôle applicable avant d'examiner la décision d'un tribunal administratif — Le juge des requêtes aurait dû seulement se demander si la décision du groupe de l'observation selon laquelle la BM avait subi une «perte» était déraisonnable — Il n'a pas commis d'erreur en rejetant la demande — La conclusion du groupe selon laquelle la BM avait subi une «perte» n'était pas déraisonnable.

Financial Institutions — Panel of Canadian Payments Association (CPA) finding National Bank of Greece (Canada) breached Association's Rules in returning into clearing system dishonoured cheque more than day after could have decided whether to honour it — Motions Judge accepting CPA's argument BMO suffered loss — Should only have considered whether panel's decision unreasonable — Panel composed of persons understanding system — Statutory rules peculiar to financial institutions, not drawing on general legal concepts — Order not abrogating private law rights — Cheque clearance system undermined by judicial review applications — CPA statutory body to which banks must belong — Court reluctant to interve in "domestic" regulatory scheme.

Institutions financières — Un groupe mis sur pied par l'Association canadienne des paiements (ACP) a jugé que la Banque Nationale de Grèce (Canada) avait contrevenu aux règles de l'ACP en retournant un effet impayé par la compensation plus d'un jour après le moment où elle avait été en mesure de décider de l'honorer ou non — Le juge des requêtes a fait droit à l'argument de l'ACP selon lequel la BM avait subi une perte — Il aurait dû seulement se demander si la décision du groupe était déraisonnable — Le groupe se composait de personnes familiarisées avec le système — Les dispositions législatives en cause sont propres aux institutions financières et ne font pas appel à des notions juridiques de portée générale — L'ordonnance n'excluait pas les recours en droit privé — Le système de compensation des chèques pourrait être compromis par des demandes de contrôle judiciaire — L'ACP est un organisme créé par une loi, et les banques sont légalement tenues d'en faire partie — La Cour est réticente à s'immiscer dans un régime de réglementation à caractère «intérieur».

This was an appeal from a Trial Division decision dismissing an application for judicial review of a decision made by a compliance panel of the Canadian Payments Association (CPA) ordering the appellant, the National Bank of Greece (Canada) (NBG) to pay to the respondent, the Bank of Montreal (BMO), the amount of a cheque that a customer had drawn on the appellant, but which the latter had dishonoured for insufficient funds. The panel found that the NBG had breached section 5 of Rule A4 of the Association's Clearing Rules in that it had returned into the clearing system a dishonoured cheque more than a day after it was in a position to decide whether to honour it. The Motions Judge dismissed the application for judicial review on the ground that, for the purpose of determining whether the BMO had sustained a "loss" under paragraph 8(2)(d) of Rule A11, it was irrelevant whether the BMO was able to reverse the credit in its customer's account. He accepted the CPA's argument that the BMO had suffered a loss. The issue on appeal was whether the panel erred in law when it remedied the breach by making the impugned order.

Held, the appeal should be dismissed.

The Motions Judge denied the application for judicial review of the panel's decision without first considering the applicable standard of review. The standard of review should always be considered by a reviewing court before embarking on an examination of an administrative tribunal's decision. Otherwise, if the court were later to conclude that, on the basis of a pragmatic and functional analysis, a deferential standard is appropriate, it would have strayed beyond its proper role, and asked itself the wrong question, namely whether the tribunal's decision was right. By not determining the standard of review first, a court may unwittingly encumber the administration of a statutory scheme by a tribunal whose decisions are not subject to review for correctness. If the reviewing court concludes that the tribunal's interpretation of its enabling legislation was correct, this interpretation will be binding on other panels, and thereby deprive the tribunal of the power subsequently to take a different view. On the other hand, if the court concludes that the tribunal was wrong, but not unreasonable, it will be very difficult for the latter to follow its earlier interpretation that has been pronounced by a court on an application for judicial review to be "wrong", even though not requiring judicial intervention. Accordingly, the proper starting point of the analysis was a consideration of the standard of review applicable to the panel's interpretation of paragraph 8(2)(d) of Rule A11, under which the panel could make a "restitution" order when a member's breach of the by-law occasioned a loss to another member.

There were a number of reasons why the Motions Judge should have confined himself to asking whether the compliance panel's determination that the BMO had suffered a

L'appel vise une décision de la Section de première instance rejetant une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un groupe de l'observation de l'Association canadienne des paiements (ACP) ordonnant à l'appelante, la Banque Nationale de Grèce (Canada) (BNG), de payer à l'intimée, la Banque de Montréal (BM), le montant d'un chèque qu'un client avait tiré sur l'appelante, mais que cette dernière a refusé de payer, le compte n'étant pas suffisamment provisionné. Le groupe a jugé que la BNG avait contrevenu à l'article 5 de la Règle A4 des Règles de compensation de l'ACP en retournant un effet impayé par la compensation plus d'un jour après le moment où elle avait été en mesure de décider de l'honorer ou non. Le juge des requêtes a rejeté la demande de contrôle judiciaire pour le motif que, aux fins de déterminer si la BM avait subi ou non une «perte» au sens de l'alinéa 8(2)d) de la Règle A11, il importait peu que la BM ait été en mesure ou non de contre-passer la somme créditée dans le compte de son client. Il a fait droit à l'argument de l'ACP selon lequel la BM avait subi une perte. La Cour d'appel devait déterminer si le groupe a commis une erreur de droit lorsqu'il a sanctionné l'observation en rendant l'ordonnance contestée.

Arrêt: l'appel est rejeté.

Le juge des requêtes a rejeté la demande de contrôle judiciaire visant la décision du groupe sans se demander tout d'abord quelle était la norme de contrôle applicable. Une cour de justice doit toujours se pencher sur la norme de contrôle applicable avant d'examiner la décision d'un tribunal administratif. Si elle ne le faisait pas et devait conclure ultérieurement, à partir d'une analyse pragmatique et fonctionnelle, que la retenue judiciaire est de mise, elle se serait méprise sur son rôle véritable et se serait posé la mauvaise question: la décision du tribunal administratif était-elle la bonne? En omettant de déterminer tout d'abord quelle est la norme de contrôle applicable, une cour de justice peut, sans le vouloir, entraver l'administration d'un cadre législatif par un tribunal dont les décisions ne sont pas assujetties à la norme de la décision correcte. Si la cour de justice saisie d'une demande de contrôle judiciaire conclut que l'interprétation de la loi habilitante par le tribunal est correcte, cette interprétation lie les autres formations et empêche subséquemment le tribunal d'adopter un point de vue différent. Par contre, si la cour conclut que, sans être déraisonnable, l'interprétation du tribunal n'est pas correcte, il sera extrêmement difficile pour le tribunal de s'en tenir à cette interprétation jugée «incorrecte» même si elle n'a pas justifié l'immixtion de la cour. Partant, il convient de circonscrire au préalable la norme de contrôle applicable à l'interprétation, par le groupe, de l'alinéa 8(2)d) de la Règle A11, lequel autorise le groupe à rendre une ordonnance de «restitution» lorsque le non-respect d'un règlement par un membre a infligé une perte à un autre membre.

Un certain nombre de raisons auraient dû inciter le juge des requêtes à se demander uniquement si la décision du groupe de l'observation selon laquelle la BM avait subi une

“loss” was unreasonable. First, the panel was composed of three employees of CPA members who had knowledge of the clearance and settlement systems. Second, the issues in dispute concern the interpretation of the enabling statutory framework, which is not “general law” but rules peculiar to a specialized regulatory regime. Third, the impugned order did not supersede whatever private law rights that the appellant may have against the BMO, the payer or payee of the cheque. Fourth, the reasons for the creation of this regulatory scheme indicate that judicial surveillance should be restrained. The expeditious clearance of cheques and transaction settlements might be undermined if one aggrieved by a panel decision could seek judicial review, asking a court to determine *de novo* the issue decided by the panel. Fifth, the CPA is a statutory body that derives its regulatory powers and duties from federal legislation and to which banks are required to belong. Hence, decisions of the compliance panel of the Association are subject to public law. The “domestic” or “private” aspect of this regulatory scheme indicates that the Court should be more reluctant to intervene than might be appropriate in respect of decisions by a statutory regulatory body of a more external, governmental nature. The Motions Judge did not err in dismissing the application for judicial review. The panel’s conclusion, that the BMO had suffered a “loss” for the purpose of paragraph 8(2)(d) of Rule A11, was not unreasonable. In determining whether a loss had been sustained and restitution should be ordered, the panel was not unreasonable in focussing only on the BMO’s settlement account with the Bank of Canada and on the NBG’s settlement account with its clearing agent, the Royal Bank.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Bills of Exchange Act, R.S.C., 1985, c. B-4.
Canadian Payments Association Act, R.S.C., 1985, c. C-21, ss. 4 (as am. by S.C. 1999, c. 28, s. 111), 5, 8, 9 (as am. *idem*, s. 112), 18, 19.

APPEAL from a Trial Division decision ((1999), 175 F.T.R. 232) dismissing an application for judicial review of a decision by a compliance panel of the Canadian Payments Association ordering the appellant to pay to the respondent, the Bank of Montreal, the amount of a cheque dishonoured for insufficient funds. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Vassilios Giannis for appellant (applicant).

«perte» était déraisonnable. Premièrement, le groupe se composait de trois employés de membres de l’ACP qui étaient familiarisés avec les systèmes de compensation et de règlement. Deuxièmement, le différend porte sur l’interprétation d’une disposition de la loi habilitante, laquelle n’est pas une «loi d’application générale», mais bien un ensemble de règles propres à un régime de réglementation spécialisé. Troisièmement, l’ordonnance contestée n’a pas dépouillé l’appelante de ses recours en droit privé soit contre la BM, soit contre le payeur ou le bénéficiaire du chèque. Quatrièmement, la raison d’être du régime de réglementation permet de conclure que le contrôle judiciaire doit être limité. La compensation des chèques et le règlement des opérations de manière expéditive pourraient être compromis si la partie lésée par une décision du groupe de l’observation pouvait présenter une demande de contrôle judiciaire afin que la Cour tranche *de novo* la question en litige. Cinquièmement, l’ACP est un organisme créé par une loi fédérale qui établit ses pouvoirs et ses obligations, et les banques sont tenues d’en faire partie. Les décisions du groupe de l’observation de l’ACP relèvent donc du droit public. Vu le caractère «intérieur» ou «privé» de ce régime de réglementation, la Cour devrait être plus réticente à modifier la décision ainsi rendue que celle d’un organisme de réglementation créé par la loi et dont la nature est manifestement plus externe, gouvernementale. Le juge des requêtes n’a pas commis d’erreur en rejetant la demande de contrôle judiciaire. La conclusion du groupe selon laquelle la BM avait subi une «perte» aux fins de l’alinéa 8(2)d) de la Règle A11 n’était pas déraisonnable. Pour déterminer si une perte avait été subie et si une ordonnance de restitution devait être rendue, il n’était pas déraisonnable que le groupe mette uniquement l’accent sur le compte de règlement de la BM auprès de la Banque du Canada et sur le compte de règlement de la BNG auprès de son agent de compensation, la Banque Royale.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l’Association canadienne des paiements, L.R.C. (1985), ch. C-21, art. 4 (mod. par L.C. 1999, ch. 28, art. 111), 5, 8, 9 (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 46; 1999, ch. 28, art. 112), 18, 19.
Loi sur les lettres de change, L.R.C. (1985), ch. B-4.

APPEL d’une décision de la Section de première instance ((1999), 175 F.T.R. 232) rejetant la demande de contrôle judiciaire d’une décision d’un groupe de l’observation de l’Association canadienne des paiements ordonnant à l’appelante de payer à l’intimée, la Banque de Montréal, le montant d’un chèque refusé parce qu’il était sans provision. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Vassilios Giannis, pour l’appelante (demanderesse).

No one appearing for respondent.

M. Lynn Starchuk for respondent (intervener).

SOLICITORS OF RECORD:

Vassilios Giannis, Montréal, for appellant (applicant).

Meighen Demers LLP, Toronto, for respondent.

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Ottawa, for respondent (intervener).

The following are the reasons for judgment delivered orally in English by

[1] EVANS J.A.: The issue in this case is whether a compliance panel set up by the National Clearings Committee of the respondent, the Canadian Payments Association (the CPA), erred in law when it ordered the appellant, the National Bank of Greece (Canada) (the NBG), to pay to the respondent, the Bank of Montreal (the BMO) the amount of a cheque (and interest) that a customer had drawn on the appellant, but which the appellant dishonoured for insufficient funds.

[2] The panel found that the NBG had breached section 5 of Rule A4 (Returned and Redirected Items) of the Association's Rules, in that it had returned into the clearing system a dishonoured cheque more than a day after it was in a position to decide whether to honour it. The panel's conclusion that the appellant was in breach of this provision is not challenged in this proceeding.

[3] The question in dispute is whether the panel erred in law when it remedied the breach by making the impugned order pursuant to its power under paragraph 8(2)(d) of Rule A11 (Compliance) to issue

An order requiring the making of restitution to any Member that has suffered a loss as a result of the acts or omissions of a Member under the jurisdiction of the CPA. [Emphasis added.]

[4] The appellant argued that the BMO had suffered no loss because its customer, the payee of the cheque,

Personne n'a comparu pour le compte de l'intimée.

M. Lynn Starchuk, pour l'intimée (intervenante).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Vassilios Giannis, Montréal pour l'appelante (demanderesse).

Meighen Demers s.r.l., Toronto pour l'intimée.

Osler, Hoskin & Harcourt s.r.l., Ottawa pour l'intimée (intervenante).

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés à l'audience par

[1] LE JUGE EVANS, J.C.A.: Aux fins du présent appel, la question est de savoir si un groupe de l'observation mis sur pied par le Comité national de compensation de l'Association canadienne des paiements (l'ACP) a commis une erreur en ordonnant à l'appelante, la Banque Nationale de Grèce (Canada) (la BNG) de payer à la Banque de Montréal (la BM) le montant d'un chèque (plus l'intérêt) qu'un client avait tiré sur l'appelante, mais que cette dernière a refusé de payer, le compte n'étant pas suffisamment provisionné.

[2] Le groupe a jugé que la BNG avait contrevenu à l'article 5 de la Règle A4 (Effets retournés et réacheminés) de l'ACP en retournant un effet impayé par la compensation plus d'un jour après le moment où elle avait été en mesure de décider de l'honorer ou non. La conclusion du groupe selon laquelle l'appelante a omis d'observer cette disposition n'est pas contestée en l'espèce.

[3] La Cour d'appel doit plutôt déterminer si le groupe a commis une erreur de droit lorsqu'il a sanctionné l'inobservation en exerçant le pouvoir que lui conférait l'alinéa 8(2)d) de la Règle A11 (Contrôle de la conformité) de rendre

Une ordonnance exigeant la restitution à un membre qui a subi une perte découlant directement du fait des actes ou des omissions d'un membre relevant de l'ACP. [Non souligné dans l'original.]

[4] L'appelante fait valoir que la BM n'a subi aucune perte puisque le compte de son client, le

had funds in its account that enabled the BMO to charge back the credit and thus to recoup from its customer any loss that it would have sustained as a result of initially crediting its customer with the proceeds of the subsequently dishonoured cheque.

[5] The Motions Judge [(1999), 175 F.T.R. 232] dismissed the application for judicial review on the ground that, for the purpose of determining whether the BMO had sustained a "loss" under paragraph 8(2)(d) of Rule A11, it was irrelevant whether the BMO was able effectively to reverse the credit in its customer's account. The CPA administers the system for the clearing of cheques and the settlement of transactions among member institutions pursuant to the *Canadian Payments Association Act*, R.S.C., 1985, c. C-21 (the CPAA), and the by-laws and rules enacted by the Association under sections 18 and 19. Any order made by a compliance panel to remedy a breach of the by-laws or rules does not derogate from whatever rights and remedies may be available to the banks, or their customers, under the private law relating to negotiable instruments or to the contractual relationship of banker and customer.

[6] The Motions Judge accepted the CPA's argument that the BMO had suffered a loss because, as a result of the NBG's returning the dishonoured cheque through the clearing system, the BMO effectively lost the credit with the Bank of Canada that it had obtained when it credited its customer's account with the amount of the cheque and put the cheque into the clearance system. Further, he relied on the fact that, by returning the cheque in breach of the Rules, the NBG had gained a credit in its settlement account with its clearing agent, the Royal Bank of Canada. Although named as a respondent, the BMO took no part in the application for judicial review or in the appeal.

[7] A preliminary issue addressed neither by the parties in their memoranda, nor by the learned Judge, is the standard of review to be applied to the panel's interpretation of paragraph 8(2)(d) of Rule A11. It appears to have been assumed that, if the NBG established that the panel's interpretation was not correct, then the panel erred in law. When the

bénéficiaire du chèque, renfermait suffisamment de fonds pour qu'elle contre-passe la somme créditée et s'indemnise ainsi de toute perte qu'elle aurait subie après avoir initialement porté au crédit de son client le montant du chèque subséquemment refusé.

[5] Le juge des requêtes [(1999), 175 F.T.R. 232] a rejeté la demande de contrôle judiciaire pour le motif que, aux fins de déterminer si la BM a subi ou non une «perte» au sens de l'alinéa 8(2)d) de la Règle A11, il importait peu que la BM ait été en mesure ou non de contre-passer la somme créditée dans le compte de son client. L'ACP administre le système de compensation des chèques et de règlement des opérations entre ses membres conformément à la *Loi sur l'Association canadienne des paiements*, L.R.C. (1985), ch. C-21 (la Loi sur l'ACP), ainsi qu'aux règlements et règles adoptés par elle en vertu des articles 18 et 19. L'ordonnance rendue par un groupe de l'observation pour sanctionner le non-respect d'un règlement ou d'une règle ne prive pas les banques ou leurs clients de leurs droits et recours en droit privé pour ce qui concerne les titres négociables ou les rapports contractuels entre une banque et son client.

[6] Le juge des requêtes a fait droit à l'argument de l'ACP selon lequel la BM avait subi une perte, car après que la BNG eut retourné par la compensation le chèque impayé, la BM a effectivement perdu auprès de la Banque du Canada le crédit qu'elle avait obtenu en créditant le compte de son client du montant du chèque et en présentant le chèque pour la compensation. Il a en outre invoqué le fait que, après que la BNG eut retourné le chèque contrairement aux règles, son compte de règlement auprès de son agent de compensation, la Banque Royale du Canada, avait été crédité de la somme en question. Même si elle a été constituée partie intimée, la BM n'a pas participé à la demande de contrôle judiciaire ni à l'appel.

[7] Il est une question préjudicielle que ni les parties dans leurs mémoires ni le juge des requêtes n'ont examinée: quelle est la norme de contrôle applicable à l'interprétation de l'alinéa 8(2)d) de la Règle A11 par le groupe. On semble avoir tenu pour acquis que si la BNG établissait le caractère non fondé de son interprétation, le groupe serait réputé avoir commis

standard of review issue was raised from the Bench, counsel for the appellant took the position that correctness was the appropriate standard because whether the BMO had suffered a “loss” was a jurisdictional question that the panel had to decide correctly. When counsel for the respondent was invited to address this issue, she argued that the Court should only intervene if it concluded that the panel’s interpretation of the word “loss” was unreasonable.

[8] In our opinion, the standard of review should always be considered by a reviewing court before embarking on an examination of an administrative tribunal’s decision. Otherwise, if the court were later to conclude that, on the basis of a pragmatic and functional analysis, a deferential standard is appropriate, it would have strayed beyond its proper role, and asked itself the wrong question, namely whether the tribunal’s decision was right.

[9] By not determining the standard of review first, a court may unwittingly encumber the administration of a statutory scheme by a tribunal whose decisions are not subject to review for correctness. Thus, if the reviewing court concludes that the tribunal’s interpretation of its enabling legislation was correct, this interpretation will be binding on other panels, and thereby deprive the tribunal of the power subsequently to take a different view. On the other hand, if the court concludes that the tribunal was wrong, but not unreasonable, it makes it extremely difficult for the tribunal to follow its earlier interpretation that has been pronounced by a court on an application for judicial review to be “wrong”, even though not requiring judicial intervention. Moreover, for a reviewing court to start by assuming that its task is to determine the correct meaning of the legislation puts it into the wrong mind set for playing a limited role in the interpretative process.

[10] Accordingly, the proper starting point of the analysis in this case is a consideration of the standard of review applicable to the panel’s interpretation of paragraph 8(2)(d) of Rule A11, under which the panel

une erreur de droit. Lorsque, à l’audience, la Cour a soulevé la question de la norme de contrôle applicable, l’avocat de l’appelante a soutenu que la norme de la décision correcte devait s’appliquer, car la question de savoir si la BM avait ou non subi une «perte» était une question de compétence que le groupe devait trancher correctement. Appelée à se prononcer à ce sujet, l’avocate de l’intimée a fait valoir que la Cour ne devait s’immiscer que si elle arrivait à la conclusion que l’interprétation du mot «perte» par le groupe était déraisonnable.

[8] À notre avis, une cour de justice doit toujours se pencher sur la norme de contrôle applicable avant d’entreprendre l’examen de la décision d’un tribunal administratif. Si elle ne le faisait pas et devait conclure ultérieurement, à partir d’une analyse pragmatique et fonctionnelle, que la retenue judiciaire est de mise, elle se serait méprise sur son rôle véritable et se serait posé la mauvaise question: la décision du tribunal administratif était-elle la bonne?

[9] En omettant de déterminer tout d’abord quelle est la norme de contrôle applicable, une cour de justice peut, sans le vouloir, entraver l’administration d’un cadre législatif par un tribunal dont les décisions ne sont pas assujetties à la norme de la décision correcte. Par conséquent, si la cour de justice saisie d’une demande de contrôle judiciaire concluait que l’interprétation de la loi habilitante par le tribunal est correcte, cette interprétation lierait les autres formations et empêcherait subséquemment le tribunal d’adopter un point de vue différent. Par contre, si la cour concluait que, sans être déraisonnable, l’interprétation du tribunal n’est pas correcte, il serait extrêmement difficile pour le tribunal de s’en tenir à cette interprétation jugée «incorrecte» même si elle n’a pas justifié l’immixtion de la cour. En outre, si la cour saisie d’une demande de contrôle judiciaire devait considérer au départ qu’il lui incombe d’interpréter correctement les dispositions en cause, elle n’aurait pas l’état d’esprit voulu pour jouer le rôle restreint qui lui est dévolu en matière d’interprétation.

[10] Partant, il convient en l’espèce de circonscrire au préalable la norme de contrôle applicable à l’interprétation, par le groupe, de l’alinéa 8(2)d) de la Règle A11, lequel autorise le groupe à rendre une

could make a “restitution” order when a member’s breach of the by-law occasioned a loss to another member. We should add that there was no challenge to the legal authority of the Association under sections 18 and 19 of the CPAA to enact a rule or by-law authorising the panel to order restitution.

[11] For the following reasons, a pragmatic and functional analysis clearly indicates that the Motions Judge should have confined himself to asking whether the compliance panel’s determination that the BMO had suffered a “loss” for the purpose of paragraph 8(2)(d) was unreasonable, even though its decisions are not protected by a privative clause.

[12] First, the panel was composed of three employees of members of the CPA, other than those involved in the dispute. The understanding of the operation of the clearance and settlement systems that the panel members have by virtue of their employment in member financial institutions is relevant to the interpretation of the Association’s Rules, even though the panel seems to exercise an essentially adjudicative function on an *ad hoc* basis. Moreover, before rendering its decision, the panel held a hearing at which the appellant was represented by counsel.

[13] Second, the issues in dispute concern the interpretation of a provision of the enabling statutory framework under which the panel operates. It is not “general law”, but applies only to the banks, and to other financial institutions that have voluntarily become members of the CPA, when they use the CPA’s clearing system. The statutory rules governing the technical operation of the clearance and settlement systems are peculiar to this specialized regulatory regime, and do not draw upon general legal concepts or values.

[14] Third, while the remedial order in question adversely affected the NBG’s financial interests, it did not supersede whatever private law rights that the appellant may have against either the BMO, or the payer or payee of the cheque. Indeed, as part of his argument for why the appeal should be allowed,

ordonnance de «restitution» lorsque le non-respect d’un règlement par un membre a infligé une perte à un autre membre. Précisons que nul ne conteste le pouvoir de l’ACP, suivant les articles 18 et 19 de la Loi sur l’ACP, d’établir une règle ou de prendre un règlement autorisant le groupe à ordonner la restitution.

[11] Pour les motifs énoncés ci-après, il ressort d’une analyse pragmatique et fonctionnelle que le juge des requêtes aurait dû seulement se demander si la décision du groupe de l’observation selon laquelle la BM avait subi une «perte» aux fins de l’alinéa 8(2)d) était déraisonnable, même si les décisions du groupe ne sont pas protégées par une clause privative.

[12] Premièrement, le groupe se composait de trois employés de membres de l’ACP étrangers au différend. La connaissance qu’ont les membres du groupe du fonctionnement des systèmes de compensation et de règlement, en raison des fonctions que ces personnes exercent au sein d’institutions financières membres, est pertinente pour l’interprétation des règles de l’ACP, bien que le groupe ne soit essentiellement appelé à rendre des décisions que de manière ponctuelle. De plus, avant de rendre une décision, le groupe a tenu une audience à laquelle l’appelante était représentée par avocat.

[13] Deuxièmement, le différend porte sur l’interprétation d’une disposition de la loi habilitante qui régit le fonctionnement du groupe. Il ne s’agit pas d’une «loi d’application générale», mais d’une loi qui ne s’applique qu’aux banques et aux autres institutions financières qui ont adhéré volontairement à l’ACP lorsqu’elles en utilisent le système de compensation. Les dispositions législatives qui régissent le fonctionnement technique des systèmes de compensation et de règlement sont propres à ce régime de réglementation spécialisé et ne font pas appel à des notions ou à des valeurs juridiques de portée générale.

[14] Troisièmement, même si l’ordonnance de restitution a porté préjudice aux intérêts financiers de la BNG, elle n’a pas dépouillé l’appelante de ses recours en droit privé soit contre la BM, soit contre le payeur ou le bénéficiaire du chèque. En effet, dans le cadre de son argumentation quant aux motifs pour

counsel for the NBG claimed that the panel's decision was "sterile" or "absurd" because the appellant could offset whatever it owed by virtue of the panel's order against what it was entitled to recover from the BMO under the *Bills of Exchange Act*, R.S.C., 1985, c. B-4.

[15] Fourth, the reasons for the creation of the regulatory scheme governing the clearance of cheques and the settlement of transactions among member banks indicate that judicial surveillance should be restrained. The expeditious and final decision making required for the prompt clearance of cheques, and similar items, within Canada's banking system, and the settlement of transactions, might be undermined if a party aggrieved by a compliance panel's decision could bring an application for judicial review to ask the Court to determine *de novo* the issue in dispute before the panel.

[16] Fifth, the CPA is a statutory body that derives its regulatory powers and duties from federal legislation. In addition, banks are statutorily required to belong to the CPA: CPAA, section 4 [as am. by S.C. 1999, c. 28, s. 111]. Hence, decisions of the compliance panel of the Association are subject to public law.

[17] On the other hand, the CPA is also a self-regulatory body of a vital sector of Canada's financial services industry, namely the clearance of cheques and similar items among member institutions. Thus, members of the CPA elect the board of directors of the Association, except for one who is nominated by the Bank of Canada: CPAA, sections 8 and 9 [as am. *idem*, s. 112]. In addition, membership in the CPA is voluntary for financial institutions other than banks, as is the members' use of the CPA's clearance system. However, as a practical matter, it is necessary for those offering their customers the benefit of a chequing account to avail themselves of the clearance system.

[18] Accordingly, the "domestic" or "private" aspect of this regulatory scheme, under which, after holding

lesquels l'appel devait être accueilli, l'avocat de la BNG a soutenu que la décision du groupe était [TRADUCTION] «stérile» ou «absurde», car l'appelante pouvait compenser toute somme qu'elle était tenue de verser suivant l'ordonnance du groupe grâce à la somme à laquelle elle avait droit de la part de la BM sur le fondement de la *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. (1985), ch. B-4.

[15] Quatrièmement, la raison d'être du régime de réglementation de la compensation des chèques et du règlement des opérations entre les banques membres permet de conclure que le contrôle judiciaire doit être limité. La prise de décisions expéditives et définitives qu'exigent la compensation rapide des chèques et des effets apparentés dans le cadre du système bancaire canadien et le règlement des opérations pourrait être compromise si la partie lésée par une décision du groupe de l'observation pouvait présenter une demande de contrôle judiciaire afin que la Cour tranche *de novo* la question en litige.

[16] Cinquièmement, l'ACP est un organisme créé par une loi fédérale qui établit ses pouvoirs et ses obligations. De plus, les banques sont légalement tenues de faire partie de l'ACP (article 4 [mod. par L.C. 1999, ch. 28, art. 111] de la Loi sur l'ACP). Les décisions du groupe de l'observation de l'ACP relèvent donc du droit public.

[17] Par contre, l'ACP tient lieu également d'organisme d'autoréglementation dans un secteur vital des services financiers au Canada, soit la compensation des chèques et des effets apparentés entre les institutions financières membres. Les membres élisent donc les administrateurs de l'ACP, sauf celui nommé par la Banque du Canada (articles 8 et 9 [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 46; 1999, ch. 28, art. 112] de la Loi sur l'ACP). Par ailleurs, l'adhésion à l'ACP est facultative pour les institutions financières autres que des banques, tout comme l'utilisation, par les membres, du système de compensation de l'ACP. Toutefois, sur la plan pratique, il est nécessaire que les institutions financières qui offrent les avantages d'un compte-chèques à leur clientèle se prévalent du système de compensation.

[18] En conséquence, vu le caractère «intérieur» ou «privé» de ce régime de réglementation suivant lequel,

a hearing, panels set up by a committee of the Association interpret and apply rules promulgated by the Association, indicates that the Court should be more reluctant to intervene than might be appropriate in respect of decisions by a statutory regulatory body of a more obviously external, governmental nature. Similarly, the consensual aspects of grievance arbitration in labour disputes, as well as the need for expeditious and final decision making, have led courts to limit the intensity of their review of arbitrators' interpretations of collective agreements, even though legislation also regulates important dimensions of the process.

[19] In our opinion, the Motions Judge did not err when he dismissed the application for judicial review. However, the basis of our decision is that the panel's conclusion that the BMO had suffered a "loss" for the purpose of paragraph 8(2)(d) of Rule A11 was not unreasonable. We have reached this conclusion by having regard to section 5 of the CPAA which provides that the objects of the CPA are to establish and administer a national clearing and settlement system. This system operates only at the level of banking and similar institutions, and, as counsel for the appellant conceded, decisions of the compliance panel have no impact on either the private law rights and duties of banks, their customers, and the payers and payees of cheques, or the remedies available to enforce them.

[20] Accordingly, in determining whether a loss had been sustained and restitution should be ordered, the panel was not unreasonable in regarding as irrelevant the relationship, or the state of accounts, between the negotiating bank and its customer, and in focussing only on the BMO's settlement account with the Bank of Canada and on the NBG's settlement account with its clearing agent, the Royal Bank. Looked at in that way, it is incontrovertible that, as a result of sending back a cheque through the clearing system in breach of the Rules, the NBG gained a credit, and the BMO incurred a corresponding debit.

[21] For these reasons, the appeal will be dismissed with costs.

après la tenue d'une audience, un groupe mis sur pied par un comité de l'ACP interprète et applique les règles établies par l'ACP, la Cour devrait être plus réticente à modifier la décision ainsi rendue que celle d'un organisme de réglementation créé par la loi et dont la nature est manifestement plus externe, gouvernementale. Dans un contexte analogue, le caractère consensuel de l'arbitrage d'un grief en matière de relations de travail, ainsi que la nécessité que des décisions expéditives et définitives soient prises, ont incité les cours de justice à moins s'immiscer dans l'interprétation de la convention collective par l'arbitre, même si la loi régit également de larges pans de la procédure.

[19] Selon nous, le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en rejetant la demande de contrôle judiciaire. Cependant, nous fondons notre décision sur le fait que la conclusion du groupe selon laquelle la BM avait subi une «perte» aux fins de l'alinéa 8(2)d de la Règle A11 n'était pas déraisonnable. Nous arrivons à cette conclusion en nous fondant sur l'article 5 de la Loi sur l'ACP, qui dispose que l'Association a pour mission d'établir et de mettre en œuvre un système national de compensation et de règlement. Ce système ne vise que les banques et les institutions financières apparentées et, comme l'a reconnu l'avocat de l'appellante, les décisions du groupe de l'observation n'ont aucune incidence sur les droits et les obligations, en droit privé, des banques, de leurs clients ainsi que des payeurs et des bénéficiaires de chèques, non plus que sur les recours y afférents.

[20] Par conséquent, pour déterminer si une perte avait été subie et si une ordonnance de restitution devait être rendue, il n'était pas déraisonnable que le groupe juge non pertinent le lien ou l'état des comptes entre la banque négociatrice et son client et qu'il mette uniquement l'accent sur le compte de règlement de la BM auprès de la Banque du Canada et sur le compte de règlement de la BNG auprès de son agent de compensation, la Banque Royale. De ce point de vue, il est incontestable que, en raison du retour du chèque par la compensation, contrairement aux règles de l'ACP, la BNG a été créditée d'une somme et la BM a été débitée de la somme correspondante.

[21] Pour ces motifs, l'appel est rejeté avec dépens.

<p style="text-align: right;">A-75-98</p> <p>Sing Chi Stephen Chiau (<i>Appellant</i>)</p> <p>v.</p> <p>The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)</p>	<p style="text-align: right;">A-75-98</p> <p>Sing Chi Stephen Chiau (<i>appelant</i>)</p> <p>c.</p> <p>Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>intimé</i>)</p>
---	--

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

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

Court of Appeal, Linden, Sexton and Evans J.J.A.—
Toronto, September 27 and 28; Ottawa, December 12,
2000.

Cour d'appel, juges Linden, Sexton et Evans, J.C.A.—
—Toronto, 27 et 28 septembre; Ottawa, 12 décembre
2000.

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Appeal from F.C.T.D. order dismissing application for judicial review of visa officer's refusal to issue visa on ground appellant inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(c.2) — Visa officer held reasonable grounds to believe appellant member of organization reasonably suspected of being involved in organized criminal activity — Decision partly based on confidential information not disclosed to appellant — F.C.T.D. Judge held appellant had reasonable opportunity to know, answer case against him, refusal not breach of duty of fairness — Appeal dismissed — No breach of duty of fairness in refusing application without providing summary of confidential material to appellant — Adverse effect on appellant slight — Non-citizens not having legal right to enter Canada — Appellant had no connection with Canada rendering refusal of visa particular hardship — Refusal not final in that may apply again — Potential damage to Canada's security, international relations as result of disclosure of confidential information substantial — Appellant knew legal basis on which visa officer basing decision — Not denied opportunity to present material supporting position (i.e. working for legitimate businesses) — Content of confidential information rendering unnecessary determination of whether F.C.T.D. Judge applied appropriate standard of review — Visa officer's decision would satisfy any standard.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Appel d'une ordonnance de la Section de première instance rejetant la demande de contrôle judiciaire du refus d'un agent des visas de délivrer un visa au motif que l'appellant n'était pas admissible selon l'art. 19(1)(c.2) de la Loi sur l'immigration — L'agent des visas avait des motifs raisonnables de croire que l'appellant était membre d'une organisation qui pouvait être raisonnablement suspectée d'activités criminelles organisées — Décision en partie fondée sur des renseignements confidentiels non communiqués à l'appellant — Le juge de la Section de première instance a estimé que l'appellant avait eu une occasion raisonnable de connaître les arguments exposés à son encontre et d'y répondre, et que le refus ne constituait pas une violation de l'obligation d'équité — Appel rejeté — Aucune violation de l'obligation d'équité dans le refus de la demande sans que soit fourni à l'appellant un sommaire des documents confidentiels — Effet préjudiciable anodin sur l'appellant — Les non-ressortissants n'ont pas un droit automatique d'entrer au Canada — L'appellant n'avait pas avec le Canada des liens propres à rendre pénible pour lui le refus du visa — Le refus n'était pas définitif puisqu'il pouvait présenter une nouvelle demande — Dommage potentiel appréciable pour la sécurité du Canada et pour ses relations internationales s'il y avait communication de renseignements confidentiels — L'appellant connaissait le fondement juridique de la décision de l'agent des visas — L'occasion de présenter des documents appuyant sa position (le fait qu'il travaillait pour des entreprises légitimes) ne lui a pas été refusée — La teneur des renseignements confidentiels rend inutile la question de savoir si le juge de la Section de première instance a appliqué la bonne norme de contrôle — La décision de l'agent des visas satisferait à n'importe quelle norme.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Appeal from F.C.T.D. order, dismissing application for judicial review of visa officer's refusal to issue visa on ground inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(c.2) (reasonable grounds to believe

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Appel d'une ordonnance de la Section de première instance rejetant la demande de contrôle judiciaire du refus d'un agent des visas de délivrer un visa au motif que l'appellant n'était pas admissible selon

appellant member of organization reasonably suspected of being involved in organized criminal activity) — F.C.T.D. Judge defined “reasonable grounds to believe” as connoting bona fide belief in serious possibility; “member” as one who simply “belonged to” criminal organization — Appeal dismissed — Confidential information disclosing “reasonable grounds” to believe appellant “member” of triad — “Member” correctly given broad interpretation — S. 19(1)(c.2) broad enough to enable Canada to protect national security by excluding those whose presence in Canada may be used to strengthen criminal organization, advance its purposes — Not always distinct line between legitimate business, criminal activities of organization — Participation in legitimate business, knowing controlled by criminal organization, in some circumstances may support reasonable belief — “Reasonable grounds” meaning standard of proof connoting bona fide belief in serious possibility based on credible evidence — Standard of proof more demanding when power exercised having serious impact on important individual right, unlike refusal of visa — F.C.T.D. Judge correctly concluding reasonable grounds to believe appellant member of criminal organization.

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Appeal from F.C.T.D. order dismissing application for judicial review of visa officer’s refusal to issue visa on ground appellant inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(c.2) (reasonable grounds to believe appellant member of organization reasonably suspected of being involved in organized criminal activity) — Visa officer’s decision based partly on confidential information — F.C.T.D. Judge found information relevant, weighty, trustworthy, of such nature should not be revealed — S. 82.1(10) providing detailed code for examination of confidential material — Inconsistent with scheme of Act to import requirement into s. 82.1(10) visa officer must provide summary of confidential intelligence information before refusing visa — S. 82.1(10) not requiring production of summary of confidential intelligence information before refusing visa — Given detailed, specific nature of information, nature and multiplicity of sources, F.C.T.D. Judge justified in finding material cogent, persuasive without doing more than reading it.

This was an appeal from the Trial Division decision dismissing an application for judicial review of a refusal by

l’art. 19(1)(c.2) de la Loi sur l’immigration (motifs raisonnables de croire que l’appellant était membre d’une organisation raisonnablement suspectée d’activités criminelles organisées) — Le juge de la Section de première instance a défini l’expression «motifs raisonnables de croire» comme la croyance légitime à une possibilité sérieuse; le mot «membre» comme une personne qui «appartenait» simplement à une organisation criminelle — Appel rejeté — Renseignements confidentiels révélant des «motifs raisonnables» de croire que l’appellant était «membre» d’une triade — C’est à juste titre que le mot «membre» a été interprété d’une manière libérale — L’art. 19(1)(c.2) est assez large pour permettre au Canada de protéger sa sécurité nationale en excluant les personnes dont la présence au Canada pourrait servir à renforcer une organisation criminelle et à favoriser l’accomplissement de ses objets — La ligne de démarcation n’est pas toujours claire entre les activités légitimes et les activités criminelles d’une organisation — Le fait de participer à des activités légitimes en sachant qu’elles sont contrôlées par une organisation criminelle peut dans certains cas autoriser une croyance raisonnable — La norme de preuve que constituent les «motifs raisonnables» s’entend de la croyance légitime à une possibilité sérieuse en raison de preuves dignes de foi — Norme de preuve plus exigeante lorsque le pouvoir exercé a de sérieuses conséquences sur un droit individuel important, contrairement au refus d’un visa — Le juge de la Section de première instance a conclu à bon droit à l’existence de motifs raisonnables de croire que l’appellant était membre d’une organisation criminelle.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d’immigration — Appel d’une ordonnance de la Section de première instance rejetant une demande de contrôle judiciaire du refus d’un agent des visas de délivrer un visa au motif que l’appellant n’était pas admissible selon l’art. 19(1)(c.2) de la Loi sur l’immigration (motifs raisonnables de croire que l’appellant était membre d’une organisation raisonnablement suspectée d’activités criminelles organisées) — La décision de l’agent des visas était fondée en partie sur des renseignements confidentiels — Le juge de la Section de première instance a estimé que les renseignements étaient pertinents, concluants, dignes de foi et d’une nature telle qu’ils ne devaient pas être communiqués — L’art. 82.1(10) renferme des règles procédurales détaillées pour l’examen de documents confidentiels — Il est incompatible avec l’économie de la Loi de voir dans l’art. 82.1(10) une obligation pour l’agent des visas, avant de refuser un visa, de fournir un sommaire des renseignements confidentiels — L’art. 82.1(10) n’impose pas la production d’un sommaire de renseignements secrets avant le refus d’un visa — Vu la nature détaillée et particulière des renseignements, ainsi que la nature et la multiplicité des sources, le juge de la Section de première instance a eu raison de conclure que les documents étaient pertinents et convaincants, sans devoir faire davantage que les lire.

Il s’agit d’un appel du jugement de la Section de première instance rejetant une demande de contrôle judiciaire du refus

a visa officer to issue a visa to the appellant on the ground that he was inadmissible under *Immigration Act*, paragraph 19(1)(c.2). The appellant, a well-known actor in East and South East Asia, has appeared in more than 20 films, of which seven were made by two studios that are believed to be under triad control. A triad is a highly structured organization, often run by members of a family, that is engaged in crimes such as extortion and people smuggling and may also conduct lawful businesses such as the Hong Kong film industry. The appellant attended an interview with a visa officer. Based on the appellant's answers to questions, as well as on confidential information that he was not at liberty to disclose, the visa officer held that there were reasonable grounds to believe that the appellant was a member of an organization reasonably suspected of being involved in organized criminal activity. Paragraph 19(1)(c.2) prohibits the admission to Canada of such people. The Trial Division Judge found the confidential information to be relevant, weighty, trustworthy and of such a nature that it ought not to be revealed to the person concerned as to do so would cause the source of information to dry up. He held that the appellant had been afforded a reasonable opportunity to know and answer the case against him, and the refusal had not been in breach of the duty of fairness. He also held that there were "reasonable grounds" for the officer's belief that the appellant was a "member" of a criminal organization, defining "reasonable grounds to believe" as connoting "a *bona fide* belief in a serious possibility based on credible evidence", a lower standard of proof than the normal civil standard of the balance of probabilities. He held that "member" was not limited to a person who actively participated in criminal acts, or to one with a membership card whose name appeared on a membership list, but meant simply a person who "belonged to" the criminal organization in question. *Immigration Act*, subsection 82.1(10) establishes a detailed procedural code for the Court's examination of confidential information of the prescribed types.

The following questions were certified as serious questions of general importance: (1) whether a person is entitled, as a matter of procedural fairness, to a summary of the information that, under subsection 82.1(10), the Court has determined should not be disclosed to the person, even if that summary does not contain the identity of the informer; (2) whether counsel is entitled as a matter of procedural fairness to a summary of the information determined by the Court not to be disclosed to the person under subsection 82.1(10) of the Act, without the identity of the informer being revealed to counsel, upon counsel's undertaking not to reveal the summary to the person; and (3) what is the proper interpretation of the terms "reasonable grounds" and

d'un agent des visas de délivrer un visa à l'appellant, au motif qu'il n'était pas admissible selon l'alinéa 19(1)c.2) de la *Loi sur l'immigration*. L'appellant, un acteur connu en Asie de l'Est et du Sud-Est, est apparu dans plus de 20 films, dont sept ont été faits par deux studios qui, selon la rumeur publique, sont sous la coupe d'une triade. Une triade est une organisation très structurée, souvent gérée par les membres d'une famille, qui s'adonne à des activités criminelles, telles l'extorsion et le passage de migrants clandestins, et qui exerce aussi parfois des activités licites telles que l'industrie du film à Hong Kong. L'appellant s'est présenté à une entrevue avec un agent des visas. Se fondant sur les réponses de l'appellant aux questions, ainsi qu'à des renseignements confidentiels qu'il n'avait pas le pouvoir de révéler, l'agent des visas a estimé qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que l'appellant était membre d'une organisation qui pouvait être raisonnablement suspectée d'activités criminelles organisées. L'alinéa 19(1)(c.2) interdit l'admission au Canada de ces personnes. Le juge de la Section de première instance a trouvé que les renseignements confidentiels étaient pertinents, concluants, dignes de foi et d'une nature telle qu'il ne fallait pas les communiquer à la personne concernée puisque cela risquait d'entraîner le tarissement de la source de renseignements. Il a jugé que l'appellant avait eu une occasion raisonnable de connaître les arguments exposés à son encontre et d'y répondre, et le visa n'avait donc pas été refusé au mépris de l'obligation d'équité. Il a aussi jugé qu'il y avait des «motifs raisonnables» autorisant l'agent à croire que l'appellant était «membre» d'une organisation criminelle, définissant les «motifs raisonnables de croire» comme «la croyance légitime à une possibilité sérieuse en raison de preuves dignes de foi», une norme de preuve moins rigoureuse que la norme civile habituelle de la prépondérance des probabilités. Il a jugé que le mot «membre» n'était pas limité à une personne qui participait activement à des activités criminelles, ou à une personne qui détenait une carte de membre et dont le nom apparaissait sur une liste de membres, mais que ce mot désignait simplement une personne qui «appartenait» à l'organisation criminelle en question. Le paragraphe 82.1(10) de la *Loi sur l'immigration* renferme des règles procédurales détaillées à l'usage de la Cour lorsqu'elle examine certains renseignements confidentiels qu'il prévoit.

Les questions suivantes ont été certifiées comme questions graves de portée générale: 1) l'intéressé a-t-il, au titre de l'équité procédurale, droit à un sommaire des renseignements qui, selon la décision de la Cour en application du paragraphe 82.1(10), ne devraient pas lui être communiqués, quand bien même ce sommaire n'indique pas l'identité de la source? 2) l'avocat qui représente l'intéressé a-t-il, au titre de l'équité procédurale, droit à un sommaire des renseignements qui, selon la décision de la Cour en application du paragraphe 82.1(10), ne doivent pas être communiqués à l'intéressé, si l'identité de la source n'est pas révélée à l'avocat et si l'avocat s'engage à ne pas révéler le sommaire à son client? et 3) quelle est la bonne interprétation de

“members” within the context of paragraph 19(1)(c.2)? Appellant’s counsel identified two other issues: (4) whether the Trial Judge erred in failing to test the confidential information by cross-examination or other means before acting upon it; and (5) whether the Trial Judge erred in reviewing the visa officer’s determination that there were “reasonable grounds” to believe that the appellant was a “member” of a criminal organization on a standard of unreasonableness.

Held, the appeal should be dismissed.

(1) As to whether it was a breach of the duty of fairness to refuse the visa without providing a summary of the confidential information, the nature of the individual interests at stake in this case suggested that the procedural content of the duty to which the appellant was entitled before the visa officer rendered his decision was at the lower end of the spectrum. The visa officer’s decision did not deprive the appellant of any legal right, since non-citizens have no right at common law or under statute to enter Canada. Nor did the appellant have any connection with Canada that rendered the refusal of a visa a particular hardship. Moreover, a refusal to issue a visa is not final, in the sense that the individual may always apply again. While the ground on which the visa was refused could damage the appellant’s reputation and cause him financial loss, the appellant had some responsibility for adverse publicity. Publicity was inevitable when the appellant exercised his right to make an application for judicial review.

But the following factors pointed to imputing a relatively high procedural content to the duty of fairness in this case: the decision was based on reasonably objective criteria; it was based on facts concerning the individual; and it applied only to the appellant. On the other hand, visa officers do not hold adjudicative-type hearings before reaching their decisions, which are based in large part on the content of the file, supplemented by the interview.

The content of the duty of fairness may be reduced below that otherwise indicated by the presence of a countervailing public interest, including the withholding of confidential information which would prejudice national security or international relations if disclosed. The disclosure of intelligence information herein would cause the sources to disappear to the detriment of Canadian security.

The appellant knew the legal basis on which the officer was minded to base his decision; he knew the organization

l’expression «motifs raisonnables» et du mot «membres», dans l’alinéa 19(1)(c.2)? L’avocate de l’appelant a soulevé deux autres questions: 4) le juge de première instance a-t-il commis une erreur en ne procédant pas à l’analyse des renseignements confidentiels par contre-interrogatoire ou autrement, avant d’agir en conséquence; et 5) le juge de première instance a-t-il commis une erreur en examinant, selon la norme de la décision manifestement déraisonnable, la décision de l’agent des visas selon laquelle il existait des «motifs raisonnables» de croire que l’appelant était «membre» d’une organisation criminelle?

Arrêt: l’appel doit être rejeté.

1) Sur la question de savoir s’il y a eu manquement à l’obligation d’équité dans le refus du visa sans que soit remis un sommaire des renseignements confidentiels, la nature des intérêts individuels en jeu dans cette affaire donnait à penser que le contenu procédural de l’obligation à l’accomplissement de laquelle l’appelant avait droit avant que l’agent des visas ne rende sa décision se trouvait à l’extrémité inférieure du registre. La décision de l’agent des visas ne privait pas l’appelant d’un droit quelconque, puisque les non-ressortissants n’ont pas un droit d’entrée au Canada qui leur serait conféré par la common law ou par la loi. L’appelant n’avait pas non plus avec le Canada des liens propres à transformer en pénible épreuve pour lui le refus d’un visa. Au reste, le refus de délivrer un visa n’est pas définitif, en ce sens que l’intéressé peut toujours présenter une nouvelle demande. Le motif pour lequel le visa a été refusé était susceptible de nuire à la réputation de l’appelant et de lui causer un préjudice financier, mais l’appelant supportait une part de responsabilité dans la publicité défavorable qu’il a pu recevoir. La publicité du cas est devenue inévitable lorsque l’appelant a exercé son droit de présenter une demande de contrôle judiciaire.

Mais les facteurs suivants donnaient à penser qu’il convenait d’attribuer en l’espèce un contenu procédural relativement élevé à l’obligation d’équité: la décision était fondée sur des critères raisonnablement objectifs, elle était fondée sur des faits qui concernaient l’auteur de la demande de visa, et elle ne s’appliquait qu’à l’appelant. Par ailleurs, les agents des visas ne tiennent pas d’audiences de type juridictionnel avant d’arriver à leurs décisions, lesquelles sont fondées en grande partie sur le contenu du dossier, auquel s’ajoute l’entrevue.

Le contenu de l’obligation d’équité peut également être ramené en deçà de ce que dictent d’autres facteurs en raison de la présence d’un intérêt public faisant contrepois, notamment la rétention de renseignements confidentiels qui causeraient un préjudice à la sécurité nationale ou aux relations internationales s’ils étaient communiqués. La communication de renseignements secrets en l’espèce entraînerait le tarissement des sources d’information, au détriment de la sécurité du Canada.

L’appelant connaissait le fondement juridique sur lequel l’agent était enclin à faire reposer sa décision; il connaissait

of which he was suspected of being a member; he knew that the basis of this suspicion included his relationship with allegedly triad-controlled studios and their heads, and with another member of the triad. He could have provided evidence that he had made films for studios other than those believed to be owned by triad-controlled companies. He was not denied a fair opportunity to present material that might have supported his position. Subsection 8(1) places on applicants for admission to Canada the burden of establishing that their entry would not be contrary to the Act.

There was no breach of the duty of fairness. The adverse effect on the appellant was relatively slight, and the potential damage to Canada's security and international relations as a result of disclosing any of the confidential information was substantial. *Immigration Act*, subsection 39(6) imposes a duty on the Security Intelligence Review Committee to provide to a person about whom a report is made a summary of security or intelligence reports so that the person concerned can be informed as to the circumstances giving rise to the report. But that does not mean that the duty of fairness requires the production of a similar summary when a visa is denied on national security grounds. That is because section 39 applies to the deportation of permanent residents which normally has a more serious impact on the individual and his family than the refusal of a visa to a person seeking admission to Canada. Thus there is less justification for requiring a degree of disclosure that might result in damage to national security where a visa is refused, and the factors determining the content of the duty of fairness must be rebalanced.

(2) It was not necessary to consider the meaning of "members" for the purpose of paragraph 19(1)(c.2) since on any plausible meaning thereof, when the content of the confidential affidavits was considered, there were reasonable grounds to believe that the appellant was a member of the triad. Regardless, the Trial Judge correctly concluded that, in this context, the term should be broadly understood. Paragraph 19(1)(c.2) is broad enough to enable Canada to protect its national security by excluding not only those intending to commit crimes here, but also those whose presence in Canada may be used to strengthen a criminal organization or to advance its purposes. It will not always be possible to draw a distinct line between the legitimate business activities of a criminal organization and its criminal activities. Hence participation in a legitimate business, knowing that it is controlled by a criminal organization, in some circumstances may support a reasonable belief that the person belongs to the criminal organization.

l'organisation dont il était soupçonné d'être membre; il savait que ce soupçon reposait en partie sur ses rapports avec des studios prétendument dominés par des triades et avec leurs chefs, ainsi que sur ses relations avec un autre membre de la triade. Il aurait pu apporter la preuve qu'il avait fait des films pour des studios autres que ceux que l'agent croyait appartenir à des sociétés dominées par des triades. Il ne s'est pas vu refuser une occasion équitable de présenter des documents qui auraient pu appuyer sa position. Le paragraphe 8(1) fait reposer sur les candidats à l'admission au Canada la charge d'établir que leur admission ne serait pas contraire à la Loi.

Il n'y a pas eu manquement à l'obligation d'équité. L'effet défavorable sur l'appelant a été relativement anodin, et le dommage que pouvait entraîner pour la sécurité et les relations internationales du Canada la communication d'une partie des documents confidentiels était appréciable. Le paragraphe 39(6) de la *Loi sur l'immigration* oblige le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité à fournir à la personne qui fait l'objet d'un rapport un sommaire des renseignements secrets en matière de sécurité et de criminalité, afin de lui permettre d'être informée des circonstances qui ont donné lieu à l'établissement du rapport. Mais cela ne signifie pas nécessairement que l'obligation d'équité requiert la production d'un tel sommaire avant qu'un visa ne soit refusé pour des motifs de sécurité nationale. S'il en est ainsi, c'est parce que l'article 39 de la Loi s'applique à l'expulsion de résidents permanents du Canada: l'expulsion a, en principe, des conséquences plus graves pour l'intéressé, et pour sa famille, que le refus d'un visa à une personne qui voudrait être admise au Canada. Lorsqu'un visa est refusé, il y a moins de raisons d'imposer un degré de communication susceptible de nuire à la sécurité nationale, et les facteurs qui déterminent le contenu de l'obligation d'équité doivent être rééquilibrés.

2) Il n'était pas nécessaire d'examiner le sens du mot «membres» aux fins de l'alinéa 19(1)(c.2) puisque, si l'on considère le contenu des affidavits secrets, toute signification un tant soit peu vraisemblable de ce mot autorisait la conclusion selon laquelle il existait des motifs raisonnables de croire que l'appelant était membre de la triade. Quoi qu'il en soit, le juge de première instance a conclu à juste titre que, dans ce contexte, le mot devrait être défini largement. L'alinéa 19(1)(c.2) est assez large pour permettre au Canada de protéger sa sécurité nationale en excluant non seulement ceux qui ont l'intention de commettre des crimes ici, mais également ceux dont la présence au Canada pourrait servir à renforcer une organisation criminelle ou à favoriser l'accomplissement de ses objets. Il ne sera pas toujours possible de tracer une ligne précise entre les activités commerciales légitimes d'une organisation criminelle et ses activités criminelles. C'est pourquoi lorsqu'une personne prend part à des activités légitimes en sachant que c'est une organisation criminelle qui en tient les leviers de commande, on peut, selon les circonstances, avoir des motifs

The Trial Judge correctly defined “reasonable grounds” as a standard of proof that, while falling short of a balance of probabilities, connotes a *bona fide* belief in a serious possibility based on credible evidence. The standard of proof is often more demanding before a power is exercised that has a serious impact on an important individual right. Refusing to issue a visa to the appellant was not such a situation. The Trial Judge correctly concluded that the visa officer did not commit a reviewable error when he concluded that, on the totality of the material on which he based his refusal, there were “reasonable grounds” to believe that the appellant was a member of a criminal organization.

(3) It would be inconsistent with the scheme of the Act to import a requirement into subsection 82.1(10) that the visa officer must provide a summary of the confidential intelligence information before refusing a visa. Subsection 82.1(10) does not require the production of a summary of the material. When Parliament intended this, it specifically so provided.

(4) Given the detailed and specific nature of the information contained in the confidential material, and the nature and multiplicity of the sources from which it came, the Trial Division Judge was justified in finding the material “cogent, persuasive and worthy of consideration” without doing more than reading it.

(5) The content of the confidential information in the Court’s file made it unnecessary to determine whether the Trial Judge applied an appropriate standard of review. The visa officer’s decision would satisfy any of the applicable standards of review, including, on questions of law, that of correctness.

The certified questions were answered as follows: (1) no; (2) no; (3) on the facts it was not necessary to answer this question, but in light of the record as a whole, including confidential material, the Judge made no reviewable error in his treatment of these issues.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 8(1), 19(1)(c.2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), 39(2) (as am. *idem*, s. 29), (6), 82.1(10) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73), 83(1) (as am. *idem*).

raisonnables de croire qu’elle est membre de cette organisation criminelle.

Le juge de première instance a défini correctement l’expression «motifs raisonnables» comme une norme de preuve qui, sans être une prépondérance des probabilités, suggère néanmoins la croyance légitime à une possibilité sérieuse en raison de preuves dignes de foi. La norme de preuve est souvent plus exigeante avant que ne soit exercé un pouvoir qui a des conséquences graves pour un droit individuel important. Le refus de délivrer un visa à l’appellant ne constituait pas un tel cas. Le juge de première instance a eu raison de dire que l’agent des visas n’avait pas commis d’erreur susceptible de contrôle lorsqu’il a conclu que, eu égard à l’ensemble des documents sur lesquels il avait fondé son refus, il existait des «motifs raisonnables» de croire que l’appellant était membre d’une organisation criminelle.

3) Il serait contraire à l’économie de la Loi de voir dans le paragraphe 82.1(10) une obligation pour l’agent des visas de fournir un sommaire des renseignements secrets avant de refuser le visa. Le paragraphe 82.1(10) n’impose pas la production d’un sommaire des documents. Lorsque le législateur fédéral exige la production d’un tel sommaire, il le prévoit expressément.

4) Vu la nature détaillée et précise des renseignements figurant dans les documents confidentiels, et vu la nature et la multiplicité des sources d’où ils provenaient, le juge de première instance était fondé à trouver les renseignements «pertinents, convaincants et dignes de considération», sans devoir faire davantage que les lire.

5) Le contenu des renseignements confidentiels versés au dossier de la Cour faisait qu’il était inutile de se demander si le juge de première instance avait appliqué la bonne norme de contrôle. La décision de l’agent des visas satisférait à n’importe laquelle des normes applicables de contrôle, y compris, pour les questions de droit, celle de la décision correcte.

Il a été répondu ainsi aux questions certifiées: 1) non; 2) non; 3) compte tenu des faits, il n’était pas nécessaire de répondre à cette question; cependant, vu l’ensemble du dossier, y compris les documents confidentiels, le juge n’a commis aucune erreur susceptible de contrôle dans la manière dont il a traité ces aspects.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l’immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 8(1), 19(1)c.2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), 39(2) (mod., *idem*, art. 29), (6), 82.1(10) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73), 83(1) (mod., *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

Knight v. Indian Head School Division No. 19, [1990] 1 S.C.R. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Attorney General of Canada v. Jolly*, [1975] F.C. 216; (1975), 54 D.L.R. (3d) 277; 7 N.R. 271 (C.A.).

APPEAL from the Trial Division decision (*Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 2 F.C. 642 (T.D.)) dismissing an application for judicial review of a refusal by a visa officer to issue a visa on the ground that there were reasonable grounds to believe that the appellant was a member of a criminal organization and was inadmissible under *Immigration Act*, paragraph 19(1)(c.2). Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Barbara L. Jackman for appellant.
Harry J. Wruck and Esta Resnick for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Jackman, Waldman & Associates, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] This is an appeal from a decision of Dubé J. ([1998] 2 F.C. 642) dismissing an application for judicial review of a refusal by a visa officer in Hong Kong to issue a visa to the appellant, Sing Chi

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS CITÉES:

Knight c. Indian Head School Division No. 19, [1990] 1 R.C.S. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *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; *Le procureur général du Canada c. Jolly*, [1975] C.F. 216; (1975), 54 D.L.R. (3d) 277; 7 N.R. 271 (C.A.).

APPEL du jugement de la Section de première instance (*Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 2 C.F. 642 (1^{re} inst.)) rejetant une demande de contrôle judiciaire du refus d'un agent des visas de délivrer un visa au motif qu'il existait des motifs raisonnables de croire que l'appellant était membre d'une organisation criminelle et qu'il était une personne non admissible selon l'alinéa 19(1)(c.2) de la *Loi sur l'immigration*. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Barbara L. Jackman, pour l'appelant.
Harry J. Wruck et Esta Resnick, pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Jackman, Waldman & Associates, Toronto, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'un appel contre une décision du juge Dubé ([1998] 2 C.F. 642) rejetant une demande de contrôle judiciaire du refus d'un agent des visas à Hong Kong de délivrer un visa à l'appelant, Sing Chi

Stephen Chiau. The basis of the officer's decision was that there were reasonable grounds to believe that Mr. Chiau was a member of a criminal organization and was hence inadmissible under paragraph 19(1)(c.2) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11].

[2] Underlying almost every aspect of this appeal is a task that presents a considerable challenge to the officials and institutions of an open and democratic society, including its courts, namely, the need to strike an appropriate balance between the interests of the individual and the duty of the state to protect national security.

[3] The individual interest at stake in this case is the appellant's right to have his application for a visa determined, and his application to have that decision reviewed, in accordance with law, including the norms of procedural fairness.

[4] To be balanced against this is the need for state authorities to obtain and rely on information supplied in confidence by law enforcement authorities, including foreign governments and institutions, the disclosure of which may cause valuable sources of intelligence to dry up, to the detriment of the state's ability to detect and exclude non-citizens whose admission to Canada might jeopardize national security through their connections with organized crime.

B. FACTUAL BACKGROUND

[5] Mr. Chiau is a very successful actor. He is well known among Cantonese-speaking people in East and South East Asia, and elsewhere, as a result of his appearances in films and television programmes. Since 1981 he has been under contract with TVB, a Hong Kong television company, which has also been his agent in the negotiation of his film contracts. In addition, he has made more than 20 films, including seven films for two Hong Kong studios that are

Stephen Chiau. La décision de l'agent des visas se fondait sur le fait qu'il existait des motifs raisonnables de croire que M. Chiau était membre d'une organisation criminelle et qu'il n'était donc pas admissible selon l'alinéa 19(1)c.2) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11].

[2] Chacun des aspects du présent appel comporte une tâche qui présente une responsabilité considérable pour les fonctionnaires et les institutions d'une société libre et démocratique, y compris ses cours de justice, savoir la nécessité de trouver le juste milieu entre l'intérêt individuel et l'obligation pour l'État de protéger la sécurité nationale.

[3] L'intérêt individuel en jeu dans la présente affaire est le droit de l'appelant à ce que sa demande de visa, ainsi que sa demande de contrôle de la décision qui y fait suite, soient traitées en conformité avec la loi, ce qui englobe les normes de l'équité procédurale.

[4] Cet intérêt individuel doit être mis en équilibre avec la nécessité pour les autorités publiques d'avoir accès et de pouvoir se fier aux renseignements fournis sous le sceau du secret par les organes d'application de la loi, notamment les institutions et gouvernements étrangers, renseignements dont la communication pourrait entraîner le tarissement de sources précieuses d'indications, au détriment de la capacité de l'État à repérer et exclure les ressortissants étrangers dont l'admission au Canada pourrait mettre en péril la sécurité nationale en raison de leurs liens avec le crime organisé.

B. LES FAITS

[5] M. Chiau est un acteur qui a beaucoup de succès. Ses rôles dans des films et émissions de télévision en font une personnalité très connue, notamment parmi la population cantonaise de l'Asie de l'Est et du Sud-Est. Depuis 1981, il a des engagements avec la TVB, une station de télévision de Hong Kong, qui est également son imprésario pour la négociation de ses contrats de tournage. Il a d'ailleurs fait plus de 20 films, dont sept films pour deux studios de Hong Kong qui, selon la

widely believed to be controlled by a particular triad. On the other hand, there is no suggestion that TVB is under triad control.

[6] Triads typically are highly structured organizations, often run by members of a family, that are engaged in crime: drugs, prostitution, extortion, people-smuggling and gambling, in particular. In addition, members of a triad may also run legitimate businesses. For example, it is widely believed that triads control a substantial portion of the film and entertainment industry in Hong Kong.

[7] Mr. Chiau's first application for a visa to enter Canada as a permanent resident in the self-employed class was refused by a visa officer in Singapore in September 1993, on the same ground as the refusal under review in this appeal. However, in 1994 the Trial Division of the Federal Court set this decision aside on consent, because Mr. Chiau had not been given an interview before the officer refused his visa application.

[8] The appellant renewed his visa application in November 1995, this time to the visa section of the Canadian High Commission in Hong Kong, believing that his application file would be transferred to Hong Kong from Singapore. In January 1996, the appellant received a letter from the visa officer in Hong Kong handling his application, Jean Pierre Delisle, who had been posted to Hong Kong to handle the security and criminality screening of visa applicants.

[9] The letter advised him that there was reason to believe that Mr. Chiau might be inadmissible under paragraph 19(1)(c.2) of the Act, and invited him to attend an interview on March 5, 1996 "to ascertain if you have maintained any links with triads or other organized criminal elements."

[10] There is some controversy about precisely what happened at the interview, which Mr. Chiau attended

rumeur publique, sont sous la coupe d'une certaine triade. Par contre, rien ne permet de croire que la TVB soit elle aussi dépendante d'une triade.

[6] Les triades sont en général des organisations très structurées, souvent gérées par les membres d'une famille qui s'adonnent à des activités criminelles: drogue, prostitution, extorsion, passage de migrants clandestins, jeu, etc. Il arrive aussi que les membres d'une triade exercent des activités légitimes. Ainsi, les triades contrôlèrent, d'après la rumeur, une partie importante de l'industrie du film et du divertissement à Hong Kong.

[7] La première demande de visa présentée par M. Chiau en vue d'être admis au Canada comme résident permanent à titre de travailleur autonome a été refusée par un agent des visas à Singapour en septembre 1993, pour le même motif que le refus visé par le présent appel. Toutefois, en 1994, la Section de première instance de la Cour fédérale avait annulé, par consentement des parties, cette décision, parce que M. Chiau n'avait pas eu le bénéfice d'une entrevue avant que l'agent refuse sa demande de visa.

[8] L'appelant a renouvelé sa demande de visa en novembre 1995, en la présentant cette fois à la section des visas du Haut-Commissariat du Canada à Hong Kong, croyant que son dossier de demande serait transféré de Singapour à Hong Kong. En janvier 1996, l'appelant a reçu une lettre de l'agent des visas à Hong Kong qui s'occupait de sa demande, Jean Pierre Delisle, lequel avait été affecté à Hong Kong pour s'occuper de la présélection des demandeurs de visas sur les plans de la sécurité et des antécédents criminels.

[9] La lettre l'informait qu'il y avait lieu de croire que M. Chiau pourrait ne pas être admissible en vertu de l'alinéa 19(1)c.2) de la Loi, et elle l'invitait à se présenter à une entrevue le 5 mars 1996 [TRADUCTION] «afin de vérifier si vous avez conservé des liens avec des triades ou autres cellules criminelles organisées».

[10] Il y a un certain désaccord sur ce qui s'est passé exactement lors de l'entrevue, à laquelle

alone, particularly with respect to whether Mr. Chiau had with him copies of contracts to make films for companies other than those believed to be controlled by a triad. Mr. Delisle said that he did not, and that he invited Mr. Chiau to provide copies, either then or later, which he failed to do.

[11] Mr. Chiau, on the other hand, said that he had brought copies of contracts with him to the interview, but that the visa officer was only interested in those with the allegedly triad-controlled studios. He denied that Mr. Delisle requested him to produce copies of contracts with film companies that were not triad-controlled.

[12] I should also note that Mr. Delisle stated that, when he decided to refuse to issue a visa he did not have available to him the copy of the business plan that Mr. Chiau had submitted with his original application, because it was missing from the file that had been transferred from Singapore. However, Mr. Delisle accepts that he did have before him copies of Mr. Chiau's contract with TVB. Mr. Chiau stated that he did not provide a business plan to Mr. Delisle because he assumed that the plan that he submitted with his previous visa application in Singapore would have been forwarded to Hong Kong.

[13] Mr. Delisle asked Mr. Chiau during the interview whether he knew a certain member of a triad, whom he named, and inquired about his relationship with two of the principals of the companies that owned the film studios for which he had worked. The officer also suggested to Mr. Chiau that it was odd that, despite the number of film companies operating in Hong Kong, he seemed only to have worked for triad-controlled studios.

[14] The answers received by Mr. Delisle to these questions did not satisfy him that Mr. Chiau was being truthful. For instance, having first denied knowing the named triad member, the appellant later agreed that, if Mr. Delisle had been referring to the person whose recent death had been widely reported in the Hong Kong media, he had known him, but had been confused about the name.

M. Chiau s'est présenté seul, surtout quant à savoir si M. Chiau avait apporté des exemplaires de contrats de tournage visant des sociétés autres que celles qui, croyait-on, étaient sous la coupe d'une triade. M. Delisle a dit que non, ajoutant qu'il avait invité M. Chiau à présenter les exemplaires en question soit ce jour-là, soit plus tard, ce que M. Chiau n'a pas fait.

[11] M. Chiau, quant à lui, a dit qu'il avait apporté avec lui à l'entrevue des exemplaires de contrats, mais que l'agent des visas ne s'intéressait qu'à ceux qui concernaient les studios prétendument dominés par les triades. Il a nié que M. Delisle lui ait demandé de produire des copies de contrats conclus avec des sociétés cinématographiques qui n'étaient pas dépendantes de triades.

[12] Je devrais mentionner également que M. Delisle a affirmé que, lorsqu'il a décidé de refuser le visa, il ne disposait pas de la copie du plan d'entreprise que M. Chiau avait présentée avec sa demande initiale, parce qu'elle ne figurait pas dans le dossier qui avait été transféré de Singapour. Toutefois, M. Delisle admet qu'il avait en sa possession des copies du contrat que M. Chiau avait conclu avec la TVB. M. Chiau a déclaré qu'il n'avait pas présenté un plan d'entreprise à M. Delisle parce qu'il présumait que le plan qu'il avait produit avec sa demande antérieure de visa à Singapour avait été transmis à Hong Kong.

[13] M. Delisle a demandé à M. Chiau au cours de l'entrevue s'il connaissait un certain membre d'une triade, membre qu'il a nommé, et il s'est informé sur sa relation avec deux des patrons des sociétés à qui appartenaient les studios pour qui il avait travaillé. L'agent avait aussi indiqué à M. Chiau qu'il était curieux que, malgré le nombre de sociétés cinématographiques présentes à Hong Kong, il semblait n'avoir travaillé que pour des studios dominés par des triades.

[14] Les réponses aux questions de M. Delisle ne l'ont pas convaincu que M. Chiau disait la vérité. Ainsi, après avoir d'abord nié qu'il connaissait le membre nommé désigné de la triade, l'appelant a plus tard reconnu que si M. Delisle voulait parler de la personne dont le décès récent avait fait la une des médias de Hong Kong, alors oui, il l'avait connu, mais le nom ne lui était pas revenu.

[15] As for the person who ran a film studio for whom Mr. Chiau had worked, and whom the United States Senate Subcommittee on Asian Organized Crime had identified as a member of the ruling council of a triad, Mr. Chiau claimed that he had a strictly business relationship with him in connection with the movies that he had made for his studio.

[16] There was also discussion at the interview about an incident, widely reported in the Hong Kong press, in which a gun had been fired into the office of one of the allegedly triad-controlled film studios for whom Mr. Chiau worked. The head of the company that owned the studio was reported to have said that this was an attempt by another triad to intimidate the studio into permitting Mr. Chiau to make a movie for one of its companies.

[17] Mr. Chiau told Mr. Delisle that this person had no authority to claim that his studio could veto the companies for whom Mr. Chiau could work. Indeed, TVB subsequently clarified an earlier statement that it had made by stating that none of the film producers had a general veto over Mr. Chiau's performance under non-conflicting contracts with other companies.

[18] As I have already indicated, Mr. Delisle's evidence was that he asked for copies of contracts between Mr. Chiau or his company, and non-triad-controlled film studios. Despite the uncertainties surrounding it, I am not satisfied that this evidence was incorrect. It is not determinative that Mr. Chiau subsequently attached a list of non-triad-controlled companies for whom he had made films to the affidavit that he swore for the purpose of this application for judicial review.

[19] In a letter dated March 26, 1996, Mr. Delisle informed Mr. Chiau that his application for a visa had been refused on the ground that he might be a person

[15] Quant à l'homme qui gérait un studio de cinéma et pour qui M. Chiau avait travaillé, et qui, selon le Sous-comité du Sénat des États-Unis sur le crime organisé en Asie, était un membre du conseil des chefs d'une triade, M. Chiau a affirmé qu'il entretenait avec lui des rapports strictement commerciaux relativement aux films qu'il avait faits pour son studio.

[16] Il y a eu aussi lors de l'entrevue une discussion concernant un incident, largement rapporté dans la presse de Hong Kong, durant lequel un coup de feu avait été tiré dans le bureau de l'un des studios qui auraient été dominés par les triades et pour qui M. Chiau travaillait. Le directeur de la société à qui appartenait le studio aurait affirmé qu'il s'agissait là de la tentative d'une autre triade d'intimider le studio pour qu'il autorise M. Chiau à faire un film pour l'une de ses sociétés.

[17] M. Chiau a dit à M. Delisle que cette personne n'avait nullement le pouvoir de prétendre que son studio avait le droit de dire pour quelles sociétés M. Chiau pouvait ou non travailler. La station TVB avait même par la suite clarifié une déclaration antérieure faite par elle en disant qu'aucun des producteurs de films n'avait un droit général de veto sur les activités professionnelles de M. Chiau au titre de contrats non incompatibles qu'il avait conclus avec d'autres sociétés.

[18] Comme je l'ai déjà indiqué, M. Delisle a témoigné qu'il avait demandé à M. Chiau des exemplaires de contrats que lui-même ou sa société avait conclus avec des studios cinématographiques non dominés par les triades. Malgré les incertitudes qui entourent ce témoignage, je ne suis pas convaincu qu'il ne correspondait pas à la vérité. Il n'est pas concluant que M. Chiau ait par la suite annexé à l'affidavit déposé par lui sous la foi du serment aux fins de la présente demande de contrôle judiciaire une liste de sociétés qui n'étaient pas dominées par les triades et pour qui il avait fait des films.

[19] Dans une lettre en date du 26 mars 1996, M. Delisle a informé M. Chiau que sa demande de visa avait été refusée au motif qu'il se pouvait qu'il

described in paragraph 19(1)(c.2) of the Act, in that there were reasonable grounds to believe that Mr. Chiau was a member of an organization reasonably suspected of being involved in organized criminal activity.

[20] Mr. Delisle concluded that Mr. Chiau was inadmissible as a person described in paragraph 19(1)(c.2) of the *Immigration Act*. He based his decision on the answers to the questions that he had put to Mr. Chiau about his long-term relationship with one of the film studios and its head, and their connection with a particular triad, on the information supplied by Mr. Chiau, and on the confidential information that he was not at liberty to disclose.

C. THE TRIAL DIVISION'S DECISION

[21] At the hearing of the application for judicial review of this decision in the Trial Division, counsel for the Minister invoked subsection 82.1(10) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the *Immigration Act*, and made submissions *in camera* and *ex parte*. He explained to the Judge the nature and significance of the confidential information that was before the visa officer and why its disclosure would be injurious to national security or to Canada's international relations. If, as counsel submitted to the Judge, this was the case, the Court could take the information into account in reviewing the visa officer's decision.

[22] After hearing these *ex parte* submissions and carefully inspecting the confidential information, the Judge found (*supra*, at paragraph 18, page 655):

. . . the information to be relevant, weighty, trustworthy and of such a nature that it ought not to be revealed to the person concerned. It became obvious to me that if such confidential information were to be revealed, even without disclosing the name of the foreign government or of the institution of a foreign state, the source of information would immediately dry up.

soit visé par l'alinéa 19(1)c.2) de la Loi, c'est-à-dire qu'il y avait des motifs raisonnables de croire qu'il était membre d'une organisation que l'on pouvait raisonnablement soupçonner d'activités criminelles organisées.

[20] M. Delisle a conclu que M. Chiau n'était pas admissible vu qu'il était visé par l'alinéa 19(1)c.2) de la *Loi sur l'immigration*. Il a fondé sa décision sur les réponses aux questions qu'il avait posées à M. Chiau concernant les rapports de longue date de celui-ci avec l'un des studios cinématographiques et avec son directeur, et concernant leurs liens avec une certaine triade, ainsi que sur l'information fournie par M. Chiau et sur des renseignements confidentiels qu'il n'avait pas le droit de communiquer.

C. LA DÉCISION DE LA SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

[21] Lors de l'audition de la demande de contrôle judiciaire de cette décision devant la Section de première instance, l'avocat du ministre a invoqué le paragraphe 82.1(10) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la *Loi sur l'immigration* et présenté des arguments à huis clos et en l'absence de l'autre partie. Il a expliqué au juge la nature et l'importance des renseignements confidentiels dont disposait l'agent des visas, et exposé les raisons pour lesquelles leur communication serait préjudiciable à la sécurité nationale ou aux relations internationales du Canada. Si, comme l'avocat l'avait indiqué au juge, tel était le cas, la Cour pouvait tenir compte des renseignements en examinant la décision de l'agent des visas.

[22] Après avoir entendu ces arguments en l'absence de l'autre partie et revu attentivement les renseignements confidentiels, le juge a trouvé ces derniers (affaire précitée, au paragraphe 18, page 655):

[. . .] pertinents, concluants, dignes de foi, et d'une telle nature qu'il ne fallait pas les communiquer à l'intéressé. Il m'est apparu évident que si ces renseignements confidentiels devaient être divulgués, sans même que soit divulgué le nom du gouvernement étranger ou de l'organe de l'État étranger dont ils émanaient, la source d'information tarirait immédiatement.

[23] In light of the confidential information, the information that the officer had provided to Mr. Chiau about the nature of his concerns and the opportunity that the appellant had had to respond to them, and the fact that he had no legal right to enter Canada, the Judge concluded that Mr. Chiau had been afforded a reasonable opportunity to know and answer the case against him. Hence, the refusal of the visa had not been in breach of the duty of fairness.

[24] The Judge also held that there were “reasonable grounds” for the officer’s belief that Mr. Chiau was a “member” of a criminal organization, namely a triad, within the meaning of paragraph 19(1)(c.2) of the Act. He defined (*supra*, at paragraph 27, page 658) “reasonable grounds to believe” in this context as connoting “a *bona fide* belief in a serious possibility based on credible evidence”, a lower standard of proof than the normal civil standard of the balance of probabilities.

[25] As for the meaning of “member”, the Judge held that, given the policy underlying paragraph 19(1)(c.2), the term “member” was not limited to a person who actively participated in criminal acts, or to one with a membership card whose name appeared on a membership list. Rather, it should be understood more broadly to mean simply a person who “belonged to” the criminal organization in question.

[26] On the basis of the public record and of the content of the confidential information, the Judge concluded that the visa officer’s decision that there were “reasonable grounds to believe” that Mr. Chiau was a “member” of a certain triad, an organization reasonably believed to be involved in organized criminal activity, could not be characterized as “patently unreasonable”. Hence, there was no basis on which the Court could quash the refusal.

D. THE LEGISLATIVE FRAMEWORK

[27] For the sake of convenience, the provisions of the *Immigration Act* to which reference will be made in these reasons are set out below [s. 39(2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 29)].

[23] Vu les renseignements confidentiels, les renseignements que l’agent avait communiqués à M. Chiau concernant la nature de ses réserves, et la possibilité que l’appelant avait eu d’y répondre, et vu que M. Chiau n’avait aucun droit d’entrer au Canada, le juge a conclu que M. Chiau avait eu une occasion raisonnable de connaître les arguments exposés à son encontre et d’y répondre. Le visa n’avait donc pas été refusé au mépris de l’obligation d’équité.

[24] Le juge a aussi estimé que l’agent avait des «motifs raisonnables» de croire que M. Chiau était «membre» d’une organisation criminelle, à savoir une triade, au sens de l’alinéa 19(1)c.2) de la Loi. Il a défini (affaire précitée, au paragraphe 27, page 658) les «motifs raisonnables de croire», dans un tel contexte, comme «la croyance légitime à une possibilité sérieuse en raison de preuves dignes de foi», une norme de preuve moins rigoureuse que la norme civile habituelle de la prépondérance des probabilités.

[25] Quant au sens du mot «membre», le juge a estimé que compte tenu du principe qui sous-tend l’alinéa 19(1)c.2), le mot «membre» n’était pas limité à une personne qui participait activement à des activités criminelles, ou à une personne qui détenait une carte de membre et dont le nom apparaissait sur une liste de membres. Ce mot devrait plutôt s’entendre dans un sens plus large, pour désigner simplement une personne qui «appartenait» à l’organisation criminelle en question.

[26] Se fondant sur le dossier public et sur le contenu des renseignements confidentiels, le juge a conclu qu’il était impossible de qualifier de «manifestement déraisonnable» la décision de l’agent des visas selon laquelle il existait des «motifs raisonnables de croire» que M. Chiau était «membre» d’une certaine triade, une organisation dont il était raisonnable de croire qu’elle se livrait à des activités criminelles organisées. Rien n’autorisait donc la Cour à annuler le refus.

D. LE CADRE LÉGISLATIF

[27] Pour plus de commodité, les dispositions de la *Loi sur l’immigration* qui sont mentionnées dans les présents motifs sont reproduites ci-après [art. 39(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 29)].

8. (1) Where a person seeks to come into Canada, the burden of proving that that person has a right to come into Canada or that his admission would not be contrary to this Act or the regulations rests on that person.

...

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

...

(c.2) persons who there are reasonable grounds to believe are or were members of an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of any offence under the *Criminal Code*, the *Narcotic Control Act* or Part III or IV of the *Food and Drugs Act* that may be punishable by way of indictment or in the commission outside Canada of an act or omission that, if committed in Canada, would constitute such an offence, except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest;

...

39. . . .

(2) Where the Minister and the Solicitor General of Canada are of the opinion, based on security or criminal intelligence reports received and considered by them, that a permanent resident is a person described in paragraph 19(1)(c.2), subparagraph 19(1)(d)(ii), paragraph 19(1)(e), (f), (g), (k) or (l) or 27(1)(a.1), subparagraph 27(1)(a.3)(ii) or paragraph 27(1)(g) or (h), they may make a report to the Review Committee.

...

(6) The Review Committee shall, as soon as practicable after a report is made to it pursuant to subsection (2), send to the person with respect to whom the report is made a statement summarizing such information available to it as will enable the person to be as fully informed as possible of the circumstances giving rise to the report.

...

82.1 . . .

(10) With respect to any application for judicial review of a decision by a visa officer to refuse to issue a visa to a person on the grounds that the person is a person described in any of paragraphs 19(1)(c.1) to (g), (k) and (l),

(a) the Minister may make an application to the Federal Court—Trial Division, *in camera*, and in the absence of the person and any counsel representing the person, for the non-disclosure to the person of information obtained

8. (1) Il incombe à quiconque cherche à entrer au Canada de prouver qu'il en a le droit ou que le fait d'y être admis ne contreviendrait pas à la présente loi ni à ses règlements.

[. . .]

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

[. . .]

(c.2) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles sont ou ont été membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction au *Code criminel*, à la *Loi sur les stupéfiants* ou aux parties III ou IV de la *Loi sur les aliments et drogues* qui peut être punissable par mise en accusation ou a commis à l'étranger un fait—acte ou omission—qui, s'il avait été commis au Canada, constituerait une telle infraction, sauf si elles convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national;

[. . .]

39. [. . .]

(2) Le ministre et le solliciteur général du Canada peuvent, en lui adressant un rapport à cet effet, saisir le comité de surveillance des cas où ils sont d'avis, à la lumière de renseignements secrets en matière de sécurité ou de criminalité dont ils ont eu connaissance, qu'un résident permanent appartiendrait à l'une des catégories visées à l'alinéa 19(1)c.2, au sous-alinéa 19(1)d(ii), aux alinéas 19(1)e, f, g, k) ou l) ou 27(1)a.1, au sous-alinéa 27(1)a.3(ii) ou aux alinéas 27(1)g) ou h).

[. . .]

(6) Afin de permettre à l'intéressé d'être informé le mieux possible des circonstances qui ont donné lieu à l'établissement du rapport, le comité de surveillance lui adresse, dans les meilleurs délais suivant la réception de celui-ci, un résumé des informations dont il dispose à ce sujet.

[. . .]

82.1 [. . .]

(10) Dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire d'une décision de l'agent des visas de refuser un visa au motif que l'intéressé appartient à l'une des catégories visées aux alinéas 19(1)c.1) à g), k) ou l):

a) le ministre peut présenter à la Section de première instance de la Cour fédérale, à huis clos et en l'absence de l'intéressé et du conseiller le représentant, une demande en vue d'empêcher la communication de renseignements

in confidence from the government or an institution of a foreign state or from an international organization of states or an institution thereof;

(b) the Court shall, *in camera*, and in the absence of the person and any counsel representing the person,

(i) examine the information, and

(ii) provide counsel representing the Minister with a reasonable opportunity to be heard as to whether the information should not be disclosed to the person on the grounds that the disclosure would be injurious to national security or to the safety of persons;

(c) the information shall be returned to counsel representing the Minister and shall not be considered by the Court in making its determination on the judicial review if, in the opinion of the Court, the disclosure of the information to the person would not be injurious to national security or to the safety of persons; and

(d) if the Court determines that the information should not be disclosed to the person on the grounds that the disclosure would be injurious to national security or to the safety of persons, the information shall not be disclosed but may be considered by the Court in making its determination.

E. ISSUES

[28] The Trial Judge certified three questions under subsection 83(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the Act, each of which raised “a serious question of general importance.” However, as Ms. Jackman, counsel for the appellant, was quick to point out, the Federal Court of Appeal must consider any ground relied on in the appeal. She identified a total of five grounds, including the certified questions, on which she submitted that the appeal should be allowed:

(i) the visa officer breached the duty of fairness when he refused the visa on the basis of information supplied to him in confidence by law enforcement bodies, none of which he disclosed to the appellant;

(ii) the visa officer erred in law in concluding that he had “reasonable grounds” for his belief that the appellant was a “member” of a criminal organization;

obtenus sous le sceau du secret auprès du gouvernement d’un État étranger, d’une organisation internationale mise sur pied par des États étrangers ou l’un de leurs organismes;

b) la Section de première instance de la Cour fédérale, à huis clos et en l’absence de l’intéressé et du conseiller le représentant:

(i) étudie les renseignements,

(ii) accorde au représentant du ministre la possibilité de présenter ses arguments sur le fait que les renseignements ne devraient pas être communiqués à l’intéressé parce que cette communication porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle de personnes;

c) ces renseignements doivent être remis au représentant du ministre et ne peuvent servir de fondement au jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale sur la demande de contrôle judiciaire si la Section de première instance de la Cour fédérale détermine que leur communication à l’intéressé ne porterait pas atteinte à la sécurité nationale ou à celle de personnes;

d) si la Section de première instance de la Cour fédérale décide que cette communication porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle de personnes, les renseignements ne sont pas communiqués mais peuvent servir de fondement au jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale sur la demande de contrôle judiciaire.

E. LES QUESTIONS LITIGIEUSES

[28] Le juge de première instance a certifié trois questions en vertu du paragraphe 83(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la Loi, dont chacune soulevait «une question grave de portée générale». Cependant, comme M^{me} Jackman, avocate de l’appelant, s’est pressée de le souligner, la Cour d’appel fédérale doit considérer tout motif invoqué au soutien de l’appel. Elle a recensé un total de cinq motifs, dont les questions certifiées, pour lesquels, selon elle, l’appel devrait être accueilli:

(i) l’agent des visas a manqué à l’obligation d’équité lorsqu’il a refusé le visa sur la base de renseignements que des organes d’application de la loi lui avaient communiqués sous le sceau du secret et qu’il n’a pas divulgués à l’appelant;

(ii) l’agent des visas a commis une erreur de droit en concluant qu’il avait des «motifs raisonnables» de croire que l’appelant était «membre» d’une organisation criminelle;

(iii) the Trial Division Judge denied the appellant a fair hearing when he took into account the confidential information that was before the visa officer without providing a gist of it to either the appellant or his counsel;

(iv) the Trial Judge erred in law in accepting the confidential information as true without subjecting it to adequate testing to assure himself of its reliability; and

(v) the Trial Judge erred in law in applying the “patently unreasonable” standard of review to the visa officer’s determination that the appellant was a “member” within the meaning of paragraph 19(1)(c.2) of the Act.

F. ANALYSIS

[29] Before addressing the issues outlined above, I should say something about the confidential information, and the Court’s consideration of it.

[30] First, we did not find it necessary to hear submissions of counsel for the Minister on whether the Court could, and should on this appeal, conduct an *in camera* hearing in the absence of the appellant and his counsel, at which counsel for the Minister would take the Court through the confidential material and explain why it supported the visa officer’s decision and should not be disclosed. Such a procedure is expressly provided in subsection 82.1(10) of the *Immigration Act* in proceedings before the Trial Division and we do not have to decide whether this highly unusual procedure is also available in the Federal Court of Appeal.

[31] Second, we read the confidential affidavits and their supporting material since they were part of the record before the Trial Judge and the visa officer. Ms. Jackman did not object to our so doing. We did not, however, read the “secret” written submissions prepared by counsel for the Minister, or the “secret” book of authorities that he submitted to the Court, since we felt able to appreciate for ourselves the nature and

(iii) le juge de première instance a privé l’appellant d’une audience équitable lorsqu’il a tenu compte des renseignements confidentiels dont disposait l’agent des visas, sans en communiquer les points principaux à l’appellant ou à son avocate;

(iv) le juge de première instance a commis une erreur de droit en tenant pour véridiques les renseignements confidentiels sans les soumettre à une vérification pour s’assurer de leur exactitude; et

(v) le juge de première instance a commis une erreur de droit en appliquant la norme de la décision «manifestement déraisonnable» à la conclusion de l’agent des visas selon laquelle l’appellant était un «membre» au sens de l’alinéa 19(1)c.2) de la Loi.

F. L’ANALYSE

[29] Avant d’aborder les points mentionnés ci-dessus, je dirai quelques mots sur les renseignements confidentiels et sur l’examen qu’en a fait la Cour.

[30] D’abord, nous n’avons pas jugé nécessaire d’entendre les observations de l’avocat du ministre sur la question de savoir si la Cour pourrait, voire devrait, dans le présent appel, tenir une audience à huis clos en l’absence de l’appellant et de son avocate, audience à laquelle l’avocat du ministre ferait parcourir à la Cour les documents confidentiels et lui expliquerait pourquoi ces documents autorisaient la décision de l’agent des visas et ne devraient pas être communiqués. Cette procédure est expressément prévue au paragraphe 82.1(10) de la *Loi sur l’immigration* pour les instances introduites devant la Section de première instance, et nous n’avons pas à décider si cette procédure tout à fait inusitée s’applique également devant la Cour d’appel fédérale.

[31] Deuxièmement, nous avons lu les affidavits confidentiels et leurs documents complémentaires, puisqu’ils faisaient partie du dossier dont disposaient le juge de première instance et l’agent des visas. M^{me} Jackman ne s’y est pas opposée. Nous n’avons cependant pas lu les observations écrites «secrètes» que l’avocat du ministre a préparées, ni le recueil «secret» de jurisprudence qu’il a présenté à la Cour, vu que

relevance of the information contained in the secret affidavits.

[32] Third, the nature and sources of the information, and the conditions on which it was supplied, left us in no doubt that its disclosure might well prejudice Canada's national security and relations with foreign governments and institutions. Even to provide a summary that did not name the sources could inadvertently reveal information, including the identity of the informants, that could be useful to organized crime and endanger lives. Hence disclosure might well result in the drying up of these and similar sources on which Canadian authorities must rely in order to exclude those inadmissible under paragraph 19(1)(c.2) of the Act.

[33] Fourth, in the course of her oral argument Ms. Jackman recognized that the content and nature of the secret information before the Court could render her submissions moot, since, of necessity, they were based solely on the public record. Mr. Wruck, counsel for the Minister, acknowledged this when he said that this was almost entirely a fact-based case, in the sense that, if the Court accepted the information in the secret affidavits, most of the legal issues on which Ms. Jackman relied resolved themselves.

[34] We agree with these observations; the content of the secret affidavits, four in all, render most of Ms. Jackman's able arguments moot. The affidavits and their supporting documentation comprise approximately 200 pages. They contain detailed and concrete information about triads in general, and about the particular triad of which the visa officer believed Mr. Chiau to be a member, and link Mr. Chiau to that triad. Taken together with the public record, these materials amply justify the visa officer's decision.

Issue 1: Was it a breach of the duty of fairness for the visa officer to refuse the appellant's visa

nous nous sentions en mesure de comprendre par nous-mêmes la nature et l'utilité des renseignements figurant dans les affidavits secrets.

[32] Troisièmement, la nature et les sources des renseignements, ainsi que les conditions auxquelles ils ont été fournis, n'ont laissé aucun doute dans notre esprit que leur communication pourrait bel et bien nuire à la sécurité nationale du Canada et aux relations du Canada avec des institutions et gouvernements étrangers. La communication même d'un sommaire, sans indication des sources, pourrait entraîner par inadvertance la communication de renseignements, y compris l'identité des informateurs, qui pourraient être utiles au crime organisé et mettre des vies en danger. Leur communication pourrait donc effectivement entraîner le tarissement de ces sources et de sources semblables auxquelles les autorités canadiennes doivent s'en remettre pour le refoulement des personnes non admissibles selon l'alinéa 19(1)c.2) de la Loi.

[33] Quatrièmement, M^{me} Jackman a reconnu dans sa plaidoirie que le contenu et la nature des renseignements secrets présentés à la Cour risquaient d'enlever toute portée pratique à ses observations, puisque celles-ci ne reposaient nécessairement que sur le dossier public. M. Wruck, avocat du ministre, a reconnu cela lorsqu'il a affirmé qu'il s'agissait là presque entièrement d'une affaire fondée sur des faits, c'est-à-dire que si la Cour acceptait les renseignements contenus dans les affidavits secrets, la plupart des points de droit sur lesquels s'appuyait M^{me} Jackman étaient par le fait même résolus.

[34] Nous souscrivons à ces observations; la teneur des affidavits secrets, au nombre de quatre, rend théoriques la plupart des arguments, d'ailleurs habiles, de M^{me} Jackman. Les affidavits et les documents qui les accompagnent représentent environ 200 pages. Ils contiennent des renseignements détaillés et concrets sur les triades en général, et sur la triade particulière dont l'agent des visas croyait que M. Chiau était membre, et ils rattachent M. Chiau à cette triade. Ces documents, conjointement avec le dossier public, justifient amplement la décision de l'agent des visas.

Question 1: L'agent des visas a-t-il manqué à l'obligation d'équité lorsqu'il a refusé la

application without providing him with at least a summary of the content of the information in the affidavit?

[35] It was common ground that in determining a visa application a visa officer is subject to the duty of fairness, and that this includes a reasonable opportunity to know and respond to information on which the officer proposes to rely in making his decision. Whether the appellant was denied this reasonable opportunity depends on an analysis of the factual, administrative and legal contexts of the decision.

[36] It is trite law that the content of the duty of procedural fairness varies according to context: the concept of fairness is situational, not abstract or absolute. The Supreme Court of Canada has identified a number of factors to be taken into consideration in determining the content of the duty of fairness in any given situation: see, in particular, *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at pages 682-687; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at pages 837-844.

[37] Drawing on the reasons for judgment in these cases, I now consider the factors most relevant to determining whether the visa officer disclosed sufficient information to Mr. Chiau to provide him with a reasonable opportunity to disabuse Mr. Delisle of his concerns.

(i) the importance of the decision to the individual

[38] First, it is necessary to consider the seriousness of the impact on the individual of an adverse administrative decision. The visa officer's decision in this case did not deprive the appellant of any legal right, since non-citizens have no right at common law or under statute to enter Canada (*Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at page 733), although the statutory scheme under which immigration control is administered does not leave admission decisions to the untrammelled discre-

demande de visa de l'appelant sans lui remettre au moins un sommaire de la teneur des renseignements figurant dans l'affidavit?

[35] Les parties ont convenu que lorsqu'il examine une demande de visa, l'agent des visas est soumis à l'obligation d'équité et que cette obligation requiert de donner à l'auteur de la demande une occasion raisonnable de prendre connaissance des renseignements sur lesquels l'agent entend se fonder pour rendre sa décision, ainsi qu'une occasion raisonnable d'y répondre. Pour savoir si cette occasion raisonnable a été refusée à l'appelant, il faut analyser les contextes factuel, administratif et juridique de la décision.

[36] Il est admis en droit que le contenu de l'obligation d'équité procédurale varie selon le contexte: la notion d'équité est situationnelle, et non abstraite ou absolue. La Cour suprême du Canada a défini plusieurs facteurs à prendre en considération pour déterminer le contenu de l'obligation d'équité dans une situation donnée: voir en particulier l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, aux pages 682 à 687; et l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, aux pages 837 à 844.

[37] M'inspirant des motifs de ces arrêts, je vais maintenant examiner les facteurs les plus aptes à déterminer si l'agent des visas a communiqué à M. Chiau des renseignements suffisants pour lui donner une occasion raisonnable de dissiper les réserves de M. Delisle.

(i) l'importance de la décision pour la personne qu'elle concerne

[38] D'abord, il est nécessaire de considérer la gravité des conséquences d'une décision administrative défavorable pour la personne concernée. La décision de l'agent des visas dans la présente affaire ne privait pas l'appelant d'un droit quelconque, puisque les non-ressortissants n'ont pas un droit d'entrée au Canada qui leur serait conféré par la common law ou par la loi (*Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, à la page 733), encore que le régime législatif en vertu duquel est

tion of the Minister or her officials. Nor did Mr. Chiau have any connection with Canada that rendered the refusal of a visa a particular hardship.

[39] Moreover, a refusal to issue a visa is not final, in the sense that the individual may always apply again. However, it must also be acknowledged that, when an applicant is refused a visa under paragraph 19(1)(c.2) of the Act, subsequent applications by that person are likely to be subject to a higher level of scrutiny than they might otherwise have attracted.

[40] On the other hand, Ms. Jackman submitted that the ground on which the visa was refused was likely to damage the appellant's reputation and cause him financial loss, particularly since he is so well known and his case has attracted considerable media interest. I would note, however, that Mr. Chiau has some responsibility for any adverse publicity that he has received. It was, after all, not the visa officer who publicized the refusal or the ground on which it was based. If it had not occurred before, publicity was inevitable when Mr. Chiau exercised his right to make an application for judicial review of the refusal.

[41] While, as I have noted, it was not disputed that the duty of fairness applies to the determination of visa applications, the nature of the individual interests at stake in this case suggests that the procedural content of the duty to which the appellant was entitled before the visa officer rendered his decision was at the lower end of the spectrum.

(ii) the nature of the decision and the decision-making process

[42] Here, the question is the extent to which the impugned decision, and the process by which it was made, resemble an adjudication: the closer the resemblance, the greater the content of the rules of procedural fairness. The following three factors point to imputing a relatively high procedural content to the

administré le contrôle de l'immigration ne laisse pas les décisions d'admission au seul bon vouloir du ministre ou de ses fonctionnaires. M. Chiau n'avait pas non plus avec le Canada des liens propres à transformer en pénible épreuve pour lui le refus d'un visa.

[39] Au reste, le refus de délivrer un visa n'est pas définitif, en ce sens que l'intéressé peut toujours présenter une nouvelle demande. Toutefois, il faut également reconnaître que lorsqu'un visa est refusé à un demandeur en vertu de l'alinéa 19(1)c.2) de la Loi, les demandes ultérieures présentées par lui feront probablement l'objet d'un examen plus minutieux que ce ne serait le cas en d'autres circonstances.

[40] Par ailleurs, M^{me} Jackman a soutenu que le motif pour lequel le visa a été refusé était susceptible de nuire à la réputation de l'appelant et de lui causer un préjudice financier, en particulier parce qu'il est une célébrité et que son cas a été très médiatisé. Je fais cependant remarquer que M. Chiau supporte une part de responsabilité dans la publicité défavorable qu'il a pu recevoir. Après tout, ce n'est pas l'agent des visas qui a rendu public le refus du visa ou le motif de ce refus. Si elle ne s'était pas produite auparavant, la publicité du cas est devenue inévitable lorsque M. Chiau a exercé son droit de présenter une demande de contrôle judiciaire du refus.

[41] Comme je l'ai indiqué, il n'a pas été contesté que l'obligation d'équité s'applique aux décisions portant sur les demandes de visa, mais la nature des intérêts individuels en jeu dans la présente affaire donne à penser que le contenu procédural de l'obligation à l'accomplissement de laquelle l'appelant avait droit avant que l'agent des visas ne rende sa décision se trouvait à l'extrémité inférieure du registre.

(ii) la nature de la décision et le processus décisionnel

[42] Il s'agit de savoir dans quelle mesure la décision contestée, et la manière dont elle a été prise, peuvent être assimilées à une décision judiciaire: plus étroite sera l'affinité, plus étendu sera le contenu des règles de l'équité procédurale. Les trois facteurs suivants donnent à penser qu'il convient d'attribuer en

duty of fairness in this case: that the decision was based on reasonably objective criteria, rather than pursuant to an open-ended and subjective discretion, and on facts concerning the individual, and that it applied only to the appellant.

[43] On the other hand, visa officers do not hold adjudicative-type hearings before reaching their decisions: visa application interviews, at which applicants are normally not permitted to be accompanied by counsel, could not be mistaken for the kind of hearing conducted by most independent administrative tribunals. Officers' decisions are based in large part on the content of the file, supplemented by the interview.

(iii) the public interest

[44] The content of the duty of fairness may also be reduced below that indicated by other factors by the presence of a countervailing public interest, including the withholding of confidential information which, while relevant to an administrative decision adversely affecting an individual, would prejudice national security or international relations if disclosed to the person concerned.

[45] In this case, as I have already indicated, the officer based his decision in part on intelligence information gathered by the government or institution of a foreign state, the disclosure of which would cause these and other sources of similar information to dry up, to the detriment of Canadian security. Having examined the documents in question, I agree with this assessment.

[46] The activities of organized crime present a major threat to the security of all nations. The benefits of globalization, including the increased ease with which people, money, goods and information are able to cross national boundaries, are not confined to legitimate businesses. International co-operation among governments and their law enforcement agencies is a vital element in the attempt to curb the

l'espèce un contenu procédural relativement élevé à l'obligation d'équité: la décision était fondée sur des critères raisonnablement objectifs, plutôt que sur un pouvoir discrétionnaire subjectif et sans limite précise, elle était fondée sur des faits qui concernaient l'auteur de la demande de visa, et la décision ne s'appliquait qu'à l'appelant.

[43] Par ailleurs, les agents des visas ne tiennent pas d'audiences de type juridictionnel avant d'arriver à leurs décisions: l'entrevue portant sur une demande de visa, à laquelle le requérant n'est pas en principe autorisé à se présenter avec un avocat, ne saurait s'apparenter au genre d'audiences conduites par la plupart des tribunaux administratifs indépendants. Les décisions des agents sont fondées en grande partie sur le contenu du dossier, auquel s'ajoute l'entrevue.

(iii) l'intérêt public

[44] Le contenu de l'obligation d'équité peut également être ramené en deçà de ce que dictent d'autres facteurs en raison de la présence d'un intérêt public faisant contrepois, notamment la rétention de renseignements confidentiels qui, bien qu'intéressant une décision administrative défavorable à une personne, causeraient un préjudice à la sécurité nationale ou aux relations internationales du pays s'ils lui étaient communiqués.

[45] En l'espèce, comme je l'ai déjà mentionné, l'agent a fondé sa décision en partie sur des renseignements secrets recueillis par le gouvernement ou l'institution d'un État étranger, renseignements dont la communication entraînerait le tarissement de ces sources d'information et d'autres sources analogues, au détriment de la sécurité du Canada. Après avoir examiné les documents en question, je souscris à cette évaluation.

[46] Les activités du crime organisé constituent une importante menace pour la sécurité de toutes les nations. Les avantages de la mondialisation, notamment la facilité accrue avec laquelle les gens, l'argent, les biens et l'information peuvent traverser les frontières entre pays, ne se limitent pas aux activités légitimes. Une coopération internationale entre gouvernements et entre leurs organes d'application de la loi est

insidious international spread of the power of organized crime.

(iv) the factual context

[47] The factors considered above must be balanced, not in the abstract, but in the factual context of the particular case. Thus, a determination of whether fairness required the disclosure of any part of the secret material on which the visa officer relied must also include a consideration of the extent to which the individual's knowledge of the nature of the visa officer's concerns effectively enabled him to respond.

[48] In fact, Mr. Chiau was relatively well informed. He knew the legal basis on which the officer was minded to base his decision; he knew the organization of which he was suspected of being a member; he knew that the basis of this suspicion included his relationship with allegedly triad-controlled studios and their heads, and with another member of the triad.

[49] He was thus far from being in the dark about the officer's concerns, and could have attempted to assuage them by, for instance, providing evidence that he had made films for studios other than those believed to be owned by triad-controlled companies.

[50] Despite the lack of clarity in the evidence about what took place at the visa interview, I am not persuaded that Mr. Chiau was denied a fair opportunity to present material, either at or after the interview, that might have supported his position. It is relevant here to note that subsection 8(1) of the Act places on applicants for admission to Canada the burden of establishing that their entry would not be contrary to the Act.

(v) compliance with the duty of fairness

[51] I have concluded on the basis of the above considerations that there was no breach of the duty of fairness. The appellant was not denied a reasonable opportunity to know and answer the case against him

essentielle si l'on veut enrayer la progression insidieuse du crime organisé à l'échelle internationale.

(iv) le contexte factuel

[47] Les facteurs examinés ci-dessus doivent être mis en équilibre, non dans l'abstrait, mais dans le contexte factuel de l'affaire considérée. Pour déterminer si l'équité exigeait la communication d'une partie des documents secrets sur lesquels s'est fondé l'agent des visas, il faut donc aussi de se demander si la connaissance qu'avait l'intéressé de la nature des réserves de l'agent des visas lui permettait réellement d'y répondre.

[48] En fait, M. Chiau était relativement bien informé. Il connaissait le fondement juridique sur lequel l'agent était enclin à faire reposer sa décision; il connaissait l'organisation dont il était soupçonné d'être membre; il savait que ce soupçon reposait en partie sur ses rapports avec des studios prétendument dominés par des triades et avec leurs chefs, ainsi que sur ses relations avec un autre membre de la triade.

[49] Il était donc loin d'ignorer la nature des réserves de l'agent, et il aurait pu tenter de les dissiper, par exemple en apportant la preuve qu'il avait fait des films pour des studios autres que ceux que l'agent croyait appartenir à des sociétés dominées par des triades.

[50] Malgré l'imprécision de la preuve concernant le déroulement de l'entrevue relative à la demande de visa, je ne suis pas convaincu que M. Chiau s'est vu refuser une occasion raisonnable de présenter, à l'entrevue ou après celle-ci, des documents qui auraient pu soutenir sa position. Il est pertinent de noter que le paragraphe 8(1) de la Loi fait reposer sur les candidats à l'admission au Canada la charge d'établir que leur admission ne serait pas contraire à la Loi.

(v) conformité à l'obligation d'équité

[51] J'ai conclu, eu égard à ce qui précède, qu'il n'y a pas eu manquement à l'obligation d'équité. L'appellant a bel et bien eu une occasion raisonnable, avant le refus de sa demande de visa, de connaître les

before he was refused a visa, even though the visa officer in part had based his decision on material that he kept entirely confidential.

[52] Despite the individualized and relatively structured nature of the decision-making power exercised by the visa officer, the adverse effect of the decision on the appellant was comparatively slight. In contrast, the potential damage to Canada's security and international relations as a result of disclosing any part of the confidential material was substantial. The amount of information given to the applicant, and the opportunity that he had to respond, are also relevant to my conclusion that no breach of the duty of fairness occurred.

[53] It is true, as Ms. Jackman pointed out, that subsection 39(6) of the *Immigration Act* imposes a duty on the Security Intelligence Review Committee to provide to a person about whom a report is made a summary of security or intelligence reports so that the person concerned can be as fully informed as possible about the circumstances giving rise to the report: see *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, *supra*.

[54] However, this statutory requirement does not necessarily indicate that the duty of fairness requires the production of a similar summary before a person is refused a visa on national security grounds. This is because section 39 of the Act applies to the deportation of permanent residents of Canada: deportation normally has a more serious impact on the individual concerned, and on his or her family, than the refusal of a visa to a person seeking admission to Canada as an independent immigrant, and thus attracts greater procedural safeguards. When another decision, such as the refusal of a visa, has a less serious impact on individual interests, there is less justification for requiring a degree of disclosure that might result in damage to national security, and the factors determining the content of the duty of fairness must be rebalanced.

arguments exposés à son encontre et d'y répondre, quand bien même l'agent des visas aurait en partie fondé sa décision sur des documents qu'il a gardés strictement confidentiels.

[52] Malgré le caractère individualisé et relativement structuré du pouvoir décisionnel exercé par l'agent des visas, l'effet défavorable de la décision sur l'appelant a été relativement anodin. En revanche, le dommage que pouvait entraîner pour la sécurité et les relations internationales du Canada la communication d'une partie des documents confidentiels était appréciable. La quantité de renseignements fournis au demandeur, et l'occasion qu'il a eue d'y répondre, sont également pertinents en ce qui concerne ma conclusion selon laquelle il n'y a eu aucun manquement à l'obligation d'équité.

[53] Il est vrai, comme l'a fait observer M^{me} Jackman, que le paragraphe 39(6) de la *Loi sur l'immigration* oblige le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité à fournir à la personne qui fait l'objet d'un rapport un sommaire des renseignements secrets en matière de sécurité ou de criminalité, afin de lui permettre d'être informée le mieux possible des circonstances qui ont donné lieu à l'établissement du rapport: voir *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, précité.

[54] Cependant, cette exigence légale ne signifie pas nécessairement que l'obligation d'équité exige la production d'un tel sommaire avant qu'un visa ne soit refusé pour des motifs de sécurité nationale. S'il en est ainsi, c'est parce que l'article 39 de la Loi s'applique à l'expulsion de résidents permanents du Canada: l'expulsion a, en principe, des conséquences plus graves pour l'intéressé, et pour sa famille, que le refus d'un visa à une personne qui voudrait être admise au Canada en tant qu'immigrant indépendant, et c'est pourquoi elle donne lieu à des garanties procédurales supérieures. Lorsqu'une autre décision, tel le refus d'un visa, a des conséquences moins graves sur des intérêts individuels, il y a moins de raisons d'imposer un degré de communication susceptible de nuire à la sécurité nationale, et les facteurs qui déterminent le contenu de l'obligation d'équité doivent être rééquilibrés.

Issue 2: Did the visa officer err when he decided that there were “reasonable grounds” for believing that the appellant was a “member” of a criminal organization?

[55] It is convenient to consider together the issues of whether the visa officer committed reviewable error when he determined that there were “reasonable grounds” for believing that Mr. Chiau was a “member” of a criminal organization, namely a particular triad.

[56] Whatever difficulties there might have been in supporting the visa officer’s decision on these issues on the basis of the public record alone, when the content of the secret affidavits is considered there can be no doubt that, on any plausible meaning of the term “members” in the context of paragraph 19(1)(c.2) of the Act, there were reasonable grounds for the officer to believe that Mr. Chiau was a member of the triad.

[57] It is not, therefore, either necessary, or helpful, to say much more about the meaning of the term “members” for the purpose of paragraph 19(1)(c.2). However, by equating being a “member” with “belonging to” a criminal organization, the Trial Division Judge correctly concluded that, in this context, the term should be broadly understood. In deference to Ms. Jackman’s arguments, I would make two other observations.

[58] First, in my view, paragraph 19(1)(c.2) of the Act is broad enough to enable Canada to protect its national security by excluding, not only those intending to commit crimes here, but also those whose presence in Canada may be used to strengthen a criminal organization or to advance its purposes.

[59] Second, it will not always be possible to draw a bright line between the legitimate business activities of a criminal organization and its criminal activities. The former may be used to launder the proceeds of the latter, while the organization’s criminal activities may in turn be financed by profits made from a

Question 2: L’agent des visas a-t-il commis une erreur lorsqu’il a conclu qu’il y avait des «motifs raisonnables» de croire que l’appelant était «membre» d’une organisation criminelle?

[55] Il est commode d’examiner simultanément les aspects portant sur la question de savoir si l’agent des visas a commis une erreur susceptible de contrôle lorsqu’il a estimé qu’il y avait des «motifs raisonnables» de croire que M. Chiau était «membre» d’une organisation criminelle, à savoir une certaine triade.

[56] Peut-être serait-il difficile de défendre la décision de l’agent des visas sur ces aspects en se fondant uniquement sur le dossier public, mais, si l’on considère le contenu des affidavits secrets, il ne fait aucun doute que toute signification un tant soit peu vraisemblable du mot «membres» figurant à l’alinéa 19(1)c.2) de la Loi autorise la conclusion selon laquelle l’agent avait des motifs raisonnables de croire que M. Chiau était membre de la triade.

[57] Il n’est donc pas nécessaire ou utile d’en dire davantage sur le sens du mot «membres» aux fins de l’alinéa 19(1)c.2). Cependant, en assimilant la qualité de «membre» à l’«appartenance» à une organisation criminelle, le juge de première instance a conclu à juste titre que, dans ce contexte, le mot devrait être défini largement. Avec égards pour les arguments de M^{me} Jackman, je ferais deux autres observations.

[58] D’abord, à mon avis, l’alinéa 19(1)c.2) de la Loi est assez large pour permettre au Canada de protéger sa sécurité nationale en excluant non seulement ceux qui ont l’intention de commettre des crimes ici, mais également ceux dont la présence au Canada pourrait servir à renforcer une organisation criminelle ou à favoriser l’accomplissement de ses objets.

[59] Deuxièmement, il ne sera pas toujours possible de tracer une ligne précise entre les activités commerciales légitimes d’une organisation criminelle et ses activités criminelles. Des activités commerciales légitimes peuvent servir au blanchiment du produit d’activités criminelles, et des activités criminelles

successful legitimate business that it controls. Hence, a person's participation in a legitimate business, knowing that it is controlled by a criminal organization, in some circumstances may support a reasonable belief that the person is a member of the criminal organization itself.

[60] As for whether there were "reasonable grounds" for the officer's belief, I agree with the Trial Judge's definition of "reasonable grounds" (*supra*, at paragraph 27, page 658) as a standard of proof that, while falling short of a balance of probabilities, nonetheless connotes "a *bona fide* belief in a serious possibility based on credible evidence." See *Attorney General of Canada v. Jolly*, [1975] F.C. 216 (C.A.).

[61] Ms. Jackman argued that the evidence from which the decision maker inferred that "reasonable grounds" existed must be not only "credible", but also likely to be true on a balance of probabilities. I doubt whether it would be appropriate to apply this more rigorous standard in all circumstances. Much will depend on the context: the standard of proof is often more demanding before a power is exercised that has a serious impact on an important individual right. However, refusing to issue a visa to Mr. Chiau was not such a situation, even though the refusal was based on national security grounds.

[62] Having examined the confidential material in the Court's record, I am satisfied that the Trial Judge was correct to conclude that the visa officer did not commit a reviewable error when he concluded that, on the totality of the material on which he based his refusal, there were "reasonable grounds" to believe that the appellant was a member of a criminal organization.

Issue 3: Did the Trial Judge breach the duty of fairness by failing to provide to the appellant, or to his counsel on an undertaking of

peuvent à leur tour être financées à l'aide des bénéfices dégagés par des activités légitimes. C'est pourquoi lorsqu'une personne prend part à des activités légitimes en sachant que c'est une organisation criminelle qui en tient les leviers de commande, on peut, selon les circonstances, avoir des motifs raisonnables de croire qu'elle est membre de cette organisation criminelle.

[60] Quant à savoir s'il existait des «motifs raisonnables» étayant la croyance de l'agent, je souscris à la définition que le juge de première instance donne à l'expression «motifs raisonnables» (affaire précitée, paragraphe 27, page 658). Il s'agit d'une norme de preuve qui, sans être une prépondérance des probabilités, suggère néanmoins «la croyance légitime à une possibilité sérieuse en raison de preuves dignes de foi». Voir *Le procureur général du Canada c. Jolly*, [1975] C.F. 216 (C.A.).

[61] M^{me} Jackman a soutenu que la preuve à partir de laquelle le décideur a conclu à l'existence de «motifs raisonnables» doit non seulement être «crédible», mais aussi présenter de fortes chances d'être véridique selon la prépondérance des probabilités. Je doute qu'il soit opportun d'appliquer dans tous les cas cette norme plus rigoureuse. Cela dépendra souvent du contexte: la norme de preuve est souvent plus exigeante avant que ne soit exercé un pouvoir qui a des conséquences graves pour un droit individuel important. Toutefois, le refus de délivrer un visa à M. Chiau ne constituait pas un tel cas, même s'il était fondé sur des motifs de sécurité nationale.

[62] Après avoir examiné les documents confidentiels versés au dossier de la Cour, je suis convaincu que le juge de première instance a eu raison de dire que l'agent des visas n'a pas commis d'erreur susceptible de contrôle lorsqu'il a conclu que, eu égard à l'ensemble des documents sur lesquels il fondait son refus, il existait des «motifs raisonnables» de croire que l'appelant était membre d'une organisation criminelle.

Question 3: Le juge de première instance a-t-il manqué à l'obligation d'équité en ne fournissant pas à l'appelant, ou à son avocate,

strict confidentiality, a summary of the confidential material before the hearing of the application for judicial review?

[63] In addition to the considerations that led me to conclude that the duty of fairness did not oblige the visa officer to provide a summary of the confidential intelligence information before refusing the visa, it would, in my opinion, be inconsistent with the scheme of the Act to import such a requirement into subsection 82.1(10).

[64] This provision establishes a detailed procedural code for the Court's examination of confidential information of the prescribed types. It does not require the production of a summary of the material. When Parliament intended this, it specifically so provided, as in subsection 39(6) of the Act, where, as I have already noted, an adverse decision could result in the more serious sanction of deportation.

Issue 4: Did the Trial Judge err in failing to test the confidential information by cross-examination or other means before acting upon it?

[65] Given the detailed and specific nature of the information contained in the confidential material, and the nature and multiplicity of the sources from which it came, the Trial Division Judge was fully justified in finding the material (*supra*, at paragraph 43, page 663) "cogent, persuasive and worthy of consideration" without having to do more than to read it.

Issue 5: Did the Trial Judge err in reviewing the visa officer's determination that there were "reasonable grounds" to believe that the appellant was a "member" of a criminal organization on a standard of unreasonableness?

[66] Again, the content of the confidential information in the Court's file makes it unnecessary to answer

en échange d'un engagement de stricte confidentialité, un sommaire des documents confidentiels, avant l'audition de la demande de contrôle judiciaire?

[63] Outre les considérations qui m'ont amené à conclure que l'obligation d'équité n'obligeait pas l'agent des visas à fournir un sommaire des renseignements secrets avant de refuser le visa, il serait à mon avis contraire à l'économie de la Loi de voir une telle exigence dans le paragraphe 82.1(10).

[64] Cette disposition établit des règles procédurales détaillées qui s'appliquent lorsque la Cour examine certains renseignements confidentiels qu'elle prévoit. Elle n'impose pas la production d'un sommaire des documents. Lorsque le législateur fédéral exige la production d'un tel sommaire, il le prévoit expressément, comme il le fait au paragraphe 39(6) de la Loi, où, comme je l'ai déjà mentionné, une décision défavorable pourrait entraîner une sanction plus grave, c'est-à-dire l'expulsion.

Question 4: Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en ne procédant pas à l'analyse des renseignements confidentiels par contre-interrogatoire ou autrement, avant d'agir en conséquence?

[65] Vu la nature détaillée et précise des renseignements figurant dans les documents confidentiels, et vu la nature et la multiplicité des sources d'où ils provenaient, le juge de première instance était pleinement fondé à trouver les renseignements (affaire précitée, paragraphe 43, page 663) «pertinents, convaincants et dignes de considération», sans devoir faire davantage que les lire.

Question 5: Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en examinant la conclusion de l'agent des visas selon laquelle il existait des «motifs raisonnables» de croire que l'appelant était «membre» d'une organisation criminelle?

[66] Là encore, le contenu des renseignements confidentiels versés au dossier de la Cour fait qu'il est

this question. The visa officer's decision would satisfy any of the applicable standards of review, including, on questions of law, that of correctness.

G. DISPOSITION

[67] For these reasons, I would dismiss the appeal and would answer the certified questions as follows:

1. Is a person entitled as a matter of procedural fairness to a summary of the information that, under subsection 82.1(10) of the Act, the Court has determined should not be disclosed to the person, even if that summary does not contain the identity of the informer?

Answer: No.

2. Is counsel representing the person entitled as a matter of procedural fairness to a summary of the information determined by the Court not to be disclosed to the person under subsection 82.1(10) of the Act, without the identity of the informer being revealed to counsel, upon counsel's undertaking not to reveal the summary to the person?

Answer: No.

3. What is the proper interpretation of the terms "reasonable grounds" and "members" within the context of paragraph 19(1)(c.2) of the Act?

Answer: On the facts it is not necessary to answer this question; however, in light of the record as a whole, including the confidential material, the Judge made no reviewable error in his treatment of these issues.

[68] I would answer the additional questions raised by counsel for the appellant as follows:

- (i) The visa officer did not breach the duty of fairness when he refused to issue a visa on the basis, in part, of confidential information that he did not summarize for the appellant or his counsel.

inutile de répondre à cette question. La décision de l'agent des visas satisferait à n'importe laquelle des normes applicables de contrôle, y compris, pour les questions de droit, celles de la décision correcte.

G. LE DISPOSITIF

[67] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel et de répondre ainsi aux questions certifiées:

1. L'intéressé a-t-il, au titre de l'équité procédurale, droit à un sommaire des renseignements qui, selon la décision de la Cour en application du paragraphe 82.1(10) de la Loi, ne devraient pas lui être communiqués, quand bien même ce sommaire n'indique pas l'identité de la source?

Réponse: Non.

2. L'avocat qui représente l'intéressé a-t-il, au titre de l'équité procédurale, droit à un sommaire des renseignements qui, selon la décision de la Cour en application du paragraphe 82.1(10) de la Loi, ne doivent pas être communiqués à l'intéressé, si l'identité de la source n'est pas révélée à l'avocat, et si l'avocat s'engage à ne pas révéler le sommaire à son client?

Réponse: Non.

3. Quelle est la bonne interprétation de l'expression «motifs raisonnables» et du mot «membre», dans l'alinéa 19(1)c.2) de la Loi?

Réponse: Compte tenu des faits, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question; cependant, vu l'ensemble du dossier, y compris les documents confidentiels, le juge n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle dans la manière dont il a traité ces aspects.

[68] Je suis d'avis de répondre comme il suit aux questions additionnelles soulevées par l'avocate de l'appelant:

- (i) L'agent des visas n'a pas manqué à l'obligation d'équité lorsqu'il a refusé de délivrer un visa sur la foi, notamment, de renseignements confidentiels qu'il n'a pas résumés pour l'appelant ou son avocate.

- (ii) In view of the nature and content of the confidential information, the Trial Judge was entitled, without testing it further, to rely on it in determining that the officer had not erred in concluding that there were reasonable grounds to believe that the appellant was a member of a criminal organization.
- (iii) On the facts, it is unnecessary to determine whether the Trial Division Judge applied an appropriate standard of review to the visa officer's finding that there were reasonable grounds to believe that the appellant was a "member" of a criminal organization.
- (ii) Vu la nature et le contenu des renseignements confidentiels, le juge de première instance était fondé, sans les vérifier davantage, à s'en remettre à ces derniers lorsqu'il a estimé que l'agent n'avait pas commis d'erreur en concluant qu'il existait des motifs raisonnables de croire que l'appellant était membre d'une organisation criminelle.
- (iii) Compte tenu des faits, il est inutile de se demander si le juge de première instance a appliqué une norme de contrôle adéquate à la conclusion de l'agent des visas selon laquelle il existait des motifs raisonnables de croire que l'appellant était «membre» d'une organisation criminelle.

LINDEN J.A.: I agree.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: J'y souscris.

SEXTON J.A.: I agree.

LE JUGE SEXTON, J.C.A.: J'y souscris.

T-1096-95

T-1096-95

Andersen Consulting (Plaintiff)**Andersen Consulting (demanderesse)**

v.

c.

Her Majesty the Queen (Defendant)**Sa Majesté la Reine (défenderesse)****INDEXED AS: ANDERSEN CONSULTING v. CANADA (T.D.)****RÉPERTORIÉ: ANDERSEN CONSULTING c. CANADA (I^{re} INST.)**

Trial Division, Hugessen J.—Ottawa, January 12 and 19, 2001.

Section de première instance, juge Hugessen—Ottawa, 12 et 19 janvier 2001.

Practice — Discovery — Production of documents — Implied undertaking — Obligation on receiving party to return or destroy documents which have not become part of public record at conclusion of litigation — Crown arguing cannot do so as obligation superseded by National Archives of Canada Act obligations concerning documents under control of government institutions — Documents not under control of Department of Justice and continue to be subject to undertaking — Access to Information Act case law not governing herein.

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Production de documents — Engagement implicite — Obligation de la part de la partie qui reçoit les documents de remettre ou de détruire ceux qui n'ont pas été versés au dossier public à l'issue de l'instance — La Couronne a allégué qu'elle ne pouvait le faire étant donné que cette obligation était assujettie aux obligations qui lui étaient imposées par la Loi sur les archives nationales du Canada concernant les documents qui sont sous le contrôle des institutions fédérales — Les documents n'étaient pas sous le contrôle du ministère de la Justice et continuent de faire l'objet de l'engagement implicite — La jurisprudence découlant de la Loi sur l'accès à l'information n'est pas déterminante en l'espèce.

Practice — Costs — Solicitor and client — Counsel for Crown taking position prevented by National Archives of Canada Act from returning or destroying documents obtained at discovery, newer becoming part of public record as case settled out of court — Implied undertaking to Court breach of which punishable as contempt of court — Crown lawyers should not have waited till had advantage of document discovery before making argument based on Archives Act — Conduct of Crown lawyers unconscionable, incompatible with duty to Court, plaintiff — Forced plaintiff to fight costly, unnecessary battle — Costs against Crown on solicitor and client basis.

Pratique — Frais et dépens — Avocat et client — Les avocats de la Couronne ont fait valoir que la Loi sur les archives nationales du Canada les empêchait de retourner ou de détruire les documents qu'il avait obtenus à l'étape de l'interrogatoire préalable, mais qui n'ont jamais été versés au dossier public étant donné que l'affaire a fait l'objet d'un règlement hors cour — Le manquement à l'engagement implicite envers la Cour est considéré comme un outrage au tribunal — Les avocats de la Couronne n'auraient pas dû attendre d'avoir eu l'avantage d'obtenir les documents à l'étape de la communication de la preuve avant de soulever leur argument fondé sur la Loi sur les archives — La conduite des avocats de la Couronne est abusive, et incompatible avec leur obligation envers la Cour et la partie demanderesse — Cette attitude a forcé la demanderesse à livrer une bataille coûteuse et inutile — Les frais sont adjugés contre la Couronne sur la base des frais entre avocat et client.

After the action was settled before trial, the plaintiff sought an order for the return or destruction of a very large number of documents copied by the plaintiff and turned over to the defendant as part of the discovery process. The documents were not produced in evidence and never became part of the public record. Crown lawyers informed plaintiff that the documents could neither be returned nor destroyed in view of the legal obligation to retain them and, in due course, turn them over to the archives under the terms of the *National Archives of Canada Act*.

Après le règlement de l'action avant l'instruction, la demanderesse a réclamé une ordonnance pour que lui soit remis ou que soit détruit un très grand nombre de documents qui ont été photocopiés par elle avant d'être remis à la défenderesse à l'étape de la communication de la preuve. Les documents n'ont pas été produits en preuve et n'ont jamais fait partie du dossier public. Les avocats de la Couronne ont informé la demanderesse qu'ils ne pouvaient ni détruire ni remettre les documents parce qu'ils étaient tenus par la loi de les conserver et, en temps et lieu, de les remettre aux archives en vertu de la *Loi sur les archives nationales du Canada*.

The documents had been given to the lawyers for the Crown under the terms of the “implied undertaking” under which all information obtained in the process of discovery in a Federal Court of Canada civil action is only to be used by the party to whom it is given for the purposes of the action and is not to be disclosed or otherwise made use of unless it is produced in evidence and becomes part of the public record.

The undertaking is not a mere matter of contract but is imposed by the Court itself on a litigant who takes advantage of the discovery process. Since the undertaking is given to the Court, it may be enforced by the Court through use of the contempt power. In practice, it usually includes an obligation on the part of the receiving party to return or destroy the documents (those which have not become part of the public record) at the conclusion of the litigation.

Held, the motion should be allowed.

This issue has never before arisen. The *National Archives of Canada Act*, enacted in 1987, has never before been put forward as a barrier to the usual Court practice in this matter. It was disturbing that the Department of Justice had waited so long to raise this argument. Crown lawyers should have made this argument at the outset of the process rather than waiting until they had had the advantage of the intrusive elements of document discovery before maintaining that they could not deliver on the *quid pro quo*.

Access to Information Act case law did not govern the case at bar. The two statutes were not *in pari materia*, having different objectives. Cases under the Access Act do not deal with a situation where the law itself imposes a condition upon the government institution receiving a document. Crown lawyers have no option to decline giving the implied undertaking: by accepting the documents they are bound towards the Court to deal with them only in the way permitted by the undertaking. Furthermore, the undertaking extends not just to the actual documents, but to all information obtained through the discovery process — oral discovery as well as production of documents. Such information cannot be said to be in the government’s control, its possession being constrained and restricted by law.

The 1988 English Chancery Division case of *Brue Ltd. v. Solly* was distinguished and disapproved. To rely upon ownership of a chattel — a piece of paper — as defeating the more fundamental right to privacy placed an inordinate

Les documents avaient été remis aux avocats de la Couronne en vertu de «l’engagement implicite» aux termes duquel tous les renseignements obtenus à l’étape de la communication de la preuve dans une action civile intentée devant la Cour fédérale du Canada ne peuvent être utilisés que par la partie à laquelle ils sont remis pour les fins de l’action et ne doivent pas être divulgués ni autrement utilisés tant et aussi longtemps qu’ils ne sont pas produits en preuve et versés au dossier public.

L’engagement n’est pas une simple question de contrat, mais est exigé par la Cour elle-même de la part d’une partie qui fait appel à la procédure de la communication de la preuve. Puisque l’engagement est pris envers la Cour, c’est à la Cour qu’il revient de le faire respecter au moyen de son pouvoir de sanction pour outrage au tribunal. En pratique, cet engagement inclut habituellement l’obligation pour la partie qui reçoit les documents de remettre ou de détruire ces documents (ceux qui ne font pas partie du dossier public) à l’issue de l’instance.

Jugement: la requête est accueillie.

Cette question n’a jamais été soulevée auparavant. La *Loi sur les archives nationales du Canada*, adoptée en 1987, n’a jamais été utilisée pour faire obstacle à la pratique habituellement suivie par la Cour dans ce domaine. Il est étonnant de constater que le ministère de la Justice a choisi d’attendre si longtemps pour soulever cet argument. Les avocats de la Couronne auraient dû divulguer ce fait dès le début de la procédure et non pas attendre d’avoir eu l’avantage de profiter de cette intrusion que constitue la communication des documents avant de prétendre qu’ils ne peuvent respecter leur engagement.

Les affaires décidées en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information* ne sont pas déterminantes en l’espèce. Les deux lois ne traitent pas des mêmes matières, puisque leurs objectifs sont différents. Les affaires décidées en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information* ne traitent pas d’une situation où la loi elle-même impose une condition à une institution fédérale qui reçoit un document. Les avocats de la Couronne n’ont pas la faculté de refuser de prendre l’engagement implicite: en acceptant les documents, ils s’engagent envers la Cour à utiliser ces documents uniquement de la façon autorisée par cet engagement. En outre, l’engagement porte non seulement sur les documents eux-mêmes, mais sur tous les renseignements obtenus dans le cadre du processus de communication de la preuve — à l’étape de l’interrogatoire préalable comme de la production des documents. On ne peut dire que ces documents sont sous le contrôle du gouvernement, parce que la possession qu’en a ce dernier est limitée par la loi.

Distinction est faite avec la décision que la Division de la Chancellerie anglaise a rendue en 1988 dans l’affaire *Brue Ltd. v. Solly*, et que la Cour désapprouve. S’appuyer sur la propriété d’un bien meuble — un morceau de papier —

value on the right of property in an object with virtually no inherent value.

In the event that the documents were turned over to the archives, the *Access to Information Act* would apply; anybody could request to have access to them; although the plaintiff might then be able successfully to oppose that request, it would have to do so indefinitely, and at its own expense.

Therefore, the documents in question were not and are not under the control of the Department of Justice and continue to be subject to the terms of the undertaking. They must be returned.

The Crown lawyers' approach in this matter has been wholly unconscionable. There was no excusing their taking a position which was entirely incompatible with their obligations to both the Court and the plaintiff. The Crown was accordingly ordered to pay costs on a solicitor and client basis.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2(1), 3 "record", 4(1).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 151, 152.
National Archives of Canada Act, R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 1, ss. 2 "record", 4(1), 5.
Public Archives Act (The), S.C. 1912, c. 4.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Goodman v. Rossi (1995), 24 O.R. (3d) 359; 125 D.L.R. (4th) 613; 12 C.C.E.L. (2d) 105; 37 C.P.C. (3d) 181; 83 O.A.C. 38 (C.A.).

DISAPPROVED:

Brue Ltd. v. Solly (1988) *The Times*, February 9, 1988 (Ch. D.).

DISTINGUISHED:

Baldasaro, Blacklock and Tucker v. Canada (1986), 4 F.T.R. 120 (F.C.T.D.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration & Refugee Board)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 96; 82 C.P.R. (3d) 290; 140 F.T.R. 140 (F.C.T.D.); *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110; (1995), 30 Admin. L.R. (2d) 242; 60 C.P.R. (3d) 441 (C.A.).

pour faire échec au droit plus fondamental de la confidentialité des renseignements qu'il contient accorde une valeur excessive au droit de propriété applicable à un objet qui n'a virtuellement aucune valeur intrinsèque.

Si les documents étaient remis aux archives, la *Loi sur l'accès à l'information* s'appliquerait; n'importe qui pourrait demander d'avoir accès à ces documents; même si la demanderesse pouvait s'opposer avec succès à cette demande de production, elle devrait le faire indéfiniment et à ses propres frais.

Par conséquent, les documents en question n'étaient pas et ne sont pas sous le contrôle du ministère de la Justice et continuent de faire l'objet de l'engagement implicite. Ils doivent être remis à la demanderesse.

La conduite des avocats de la Couronne en l'espèce est tout à fait abusive. On ne peut les excuser d'avoir adopté une position qui est tout à fait incompatible avec leurs obligations envers la Cour comme envers la demanderesse. Par conséquent, la Cour a adjugé les dépens sur la base des frais entre avocat et client contre la Couronne.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2(1), 3 «document», 4(1).
Loi sur les archives nationales du Canada, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 1, art. 2 «documents», 4(1), 5.
Loi sur les archives publiques, S.C. 1912, ch. 4.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 151, 152.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Goodman v. Rossi (1995), 24 O.R. (3d) 359; 125 D.L.R. (4th) 613; 12 C.C.E.L. (2d) 105; 37 C.P.C. (3d) 181; 83 O.A.C. 38 (C.A.).

DÉCISION CRITIQUÉE:

Brue Ltd. v. Solly (1988) *The Times*, February 9, 1988 (Ch. D.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Baldasaro, Blacklock et Tucker c. Canada (1986), 4 F.T.R. 120 (C.F. 1^{re} inst.); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 96; 82 C.P.R. (3d) 290; 140 F.T.R. 140 (C.F. 1^{re} inst.)
Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics), [1995] 2 C.F. 110; (1995), 30 Admin. L.R. (2d) 242; 60 C.P.R. (3d) 441 (C.A.).

REFERRED TO:

R. v. Stewart, [1988] 1 S.C.R. 963; (1988), 50 D.L.R. (4th) 1; 39 B.L.R. 198; 41 C.C.C. (3d) 481; 19 C.I.P.R. 161; 21 C.P.R. (3d) 289; 63 C.R. (3d) 305; 85 N.R. 171; 28 O.A.C. 219.

MOTION, pursuant to an “implied undertaking”, for the return or destruction of documents copied by the plaintiff and turned over to the Crown in the discovery process in a civil action. Motion granted.

APPEARANCES:

Barbara A. McIsaac, Q.C. for plaintiff.
Geoffrey S. Lester for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

McCarthy Tétrault, Ottawa, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada, for defendant.

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

[1] HUGESSEN J.: This motion brought by the plaintiff seeks an order for the return or destruction of a very large number of documents which were copied by the plaintiff and turned over to the defendant as part of the discovery process in an action between the parties in this Court. The action was settled before trial on the payment of an undisclosed sum of money, which included a sum for costs, by the defendant. The documents in question were never produced in evidence and never became part of the public record.

[2] Following settlement of the action, the solicitors for the two parties entered into correspondence regarding the documents. Lawyers for the Department of Justice asked for the return of the documents which they had produced to the plaintiff and sought the latter’s instructions regarding the plaintiff’s documents. Shortly thereafter, however, Justice apparently had a change of heart and informed plaintiff’s solicitors

DÉCISION MENTIONNÉE:

R. c. Stewart, [1988] 1 R.C.S. 963; (1988), 50 D.L.R. (4th) 1; 39 B.L.R. 198; 41 C.C.C. (3d) 481; 19 C.I.P.R. 161; 21 C.P.R. (3d) 289; 63 C.R. (3d) 305; 85 N.R. 171; 28 O.A.C. 219.

REQUÊTE, fondée sur un «engagement implicite», en vue de la remise ou de la destruction de documents photocopiés par la demanderesse et remis à la Couronne à l’étape de la communication de la preuve dans une action civile. Requête accueillie.

ONT COMPARU:

Barbara A. McIsaac, c.r. pour la demanderesse.
Geoffrey S. Lester pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

McCarthy Tétrault, Ottawa, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada, pour la défenderesse.

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

[1] LE JUGE HUGESSEN: Dans la présente requête, la demanderesse réclame une ordonnance pour que lui soit remis ou que soit détruit un très grand nombre de documents qui ont été photocopiés par elle avant d’être remis à la défenderesse à l’étape de la communication de la preuve dans une action mettant en cause les parties devant notre Cour. Un règlement est intervenu avant l’instruction en échange du versement, par la défenderesse, d’une somme d’argent dont le montant n’a pas été divulgué et qui incluait un montant au titre des dépens. Les documents en question n’ont jamais été produits en preuve et n’ont jamais fait partie du dossier public.

[2] Après le règlement de l’action, les avocats des deux parties ont échangé plusieurs lettres concernant les documents. Les avocats du ministère de la Justice souhaitaient que les documents remis à la demanderesse leur soient retournés et ils lui demandaient des directives à cet égard. Peu après, toutefois, le ministère de la Justice a apparemment changé d’idée et informé les avocats de la demanderesse qu’il ne

tors that it could neither destroy nor return the documents, as plaintiff had requested, but were obliged by law to retain them and in due course turn them over to the archives under the terms of the *National Archives of Canada Act*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 1.

[3] Following a number of efforts to resolve the matter amicably and in a manner consistent with plaintiff's view that the documents contained a great deal of sensitive commercial information which should not be made available to its competitors, (or even to the Crown itself, with whom the plaintiff is engaged in other litigation) this Court made an interim conservatory order placing the documents under the Court's protection pending the bringing and disposition of this motion.

[4] It is common ground that the documents in question were given to the lawyers for the Crown under the terms of the so-called "implied undertaking" under which all information obtained in the process of discovery in a civil action in this Court is only to be used by the party to whom it is given for the purposes of the action and is not to be disclosed or otherwise made use of unless and until it is produced in evidence and becomes part of the public record. A much-quoted statement, approved by the Ontario Court of Appeal in *Goodman v. Rossi* (1995), 24 O.R. (3d) 359 (C.A.), at pages 363-364, is as follows:

Where a party has obtained information by means of a court compelled production of documents or discovery, which information could not otherwise have been obtained by legitimate means independent of the litigation process, the receiving party impliedly undertakes to the court that the private information so obtained will not be used, *vis-à-vis* the producing party, for a purpose outside the scope of the litigation for which disclosure was made, absent consent of the producing party or with leave of the court; any failure to comply with the undertaking shall be a contempt of court.

pouvait ni détruire ni remettre les documents, comme la demanderesse le lui avait demandé, parce qu'il était tenu par la loi de les conserver, et, en temps et lieu, de les remettre aux archives en vertu de la *Loi sur les Archives nationales du Canada*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 1.

[3] Après avoir déployé un certain nombre d'efforts pour régler l'affaire à l'amiable et d'une façon qui soit conforme à l'opinion de la demanderesse selon laquelle les documents renfermaient un grand nombre de renseignements commerciaux de nature délicate qui ne devraient pas être mis à la disposition de ses concurrents (ni même à la Couronne, puisque d'autres poursuites mettent en cause ces mêmes parties), la Cour a rendu une ordonnance conservatoire provisoire aux termes de laquelle les documents ont été placés sous la protection de la Cour en attendant l'audition et le règlement de la présente requête.

[4] Les parties s'entendent pour dire que les documents en question ont été remis aux avocats de la Couronne en vertu du prétendu «engagement implicite» aux termes duquel tous les renseignements obtenus à l'étape de la communication de la preuve dans une action civile intentée devant notre Cour ne peuvent être utilisés que par la partie à laquelle ils sont remis pour les fins de cette action et ne doivent pas être divulgués ni autrement utilisés tant et aussi longtemps qu'ils ne sont pas produits en preuve et versés au dossier public. À cet égard, une déclaration maintes fois citée et approuvée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Goodman v. Rossi* (1995), 24 O.R. (3d) 359 (C.A.), aux pages 363 et 364, indique ceci:

[TRADUCTION] Lorsqu'une partie a obtenu des renseignements en faisant appel au tribunal pour que celui-ci ordonne la production de documents ou leur examen, et que ces renseignements n'auraient pas pu être obtenus par des moyens légitimes en dehors du litige, la partie à laquelle ils sont communiqués s'engage implicitement envers le tribunal à ce que les renseignements confidentiels ainsi obtenus ne soient pas utilisés, eu égard à la partie qui les produit, à des fins étrangères à l'objet du litige aux fins duquel ces renseignements ont été communiqués, en l'absence du consentement de la partie qui les produit ou sans l'autorisation du tribunal; tout manquement à cet engagement constitue un outrage au tribunal.

This rule shall remain in effect unless and until the private information is revealed in open court.

[5] The Court also briefly addressed the rationale of the principle in the following words (at page 367):

... the principle is based on recognition of the general right of privacy which a person has with respect to his or her documents. The discovery process represents an intrusion on this right under the compulsory processes of the court. The necessary corollary is that this intrusion should not be allowed for any purposes other than that of securing justice in the proceeding in which the discovery takes place.

[6] The undertaking is not a mere matter of contract but is imposed by the Court itself on a litigant who takes advantage of the discovery process. Since the undertaking is given to the Court, it may be enforced by the Court through the use of the contempt power. As a matter of practice, at least in my experience in this Court, it usually includes an obligation on the part of the receiving party to return or destroy the documents (those which have not become part of the public record) at the conclusion of the litigation.

[7] Clearly, other things being equal, the Crown would be obliged to return or destroy the copies of which it has obtained possession in this matter.

[8] But, says Mr. Lester for the Crown, other things are not equal. The Crown's solicitors, as members of the Department of Justice, a "government institution", are subject to an overriding statutory obligation imposed by the terms of the *National Archives of Canada Act* and particularly sections 2 and 5 thereof as follows:

2. In this Act,

...

"record" includes any correspondence, memorandum, book, plan, map, drawing, diagram, pictorial or graphic work, photograph, film, microform, sound recording, video-

Cette règle reste en vigueur tant et aussi longtemps que les renseignements confidentiels ne sont pas communiqués au cours d'une audience publique.

[5] La Cour a également expliqué brièvement le fondement du principe dans les termes suivants (à la page 367):

[TRADUCTION] [...] le principe se fonde sur la reconnaissance d'un droit général à la confidentialité des documents qui appartiennent à une personne. La communication constitue une atteinte à ce droit dans le cadre des procédures obligatoires du tribunal. Le corollaire nécessaire de ce principe est que cette atteinte ne doit pas être autorisée pour des fins autres que la recherche de la justice dans l'instance au cours de laquelle la communication est faite.

[6] Cet engagement n'est pas une simple question de contrat, mais est exigé par la Cour elle-même de la part d'une partie qui fait appel à la procédure de communication de la preuve. Puisque l'engagement est pris envers la Cour, c'est à la Cour qu'il revient de le faire respecter au moyen de son pouvoir de sanction pour outrage au tribunal. En pratique, du moins d'après mon expérience à la Cour, cet engagement inclut habituellement l'obligation pour la partie qui reçoit les documents de remettre ou de détruire ces documents (ceux qui ne font pas partie du dossier public) à l'issue de l'instance.

[7] Manifestement, toutes choses étant égales par ailleurs, la Couronne serait tenue de retourner ou de détruire les copies qui lui ont été remises dans la présente affaire.

[8] Mais, comme le prétend M. Lester pour le compte de la Couronne, tel n'est pas le cas. Les avocats de la Couronne, en tant que fonctionnaires du ministère de la Justice, qui est une «institution fédérale», sont assujettis à une obligation légale prépondérante qui leur est imposée par la *Loi sur les Archives nationales du Canada*, plus particulièrement les articles 2 et 5, dont voici le libellé:

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[. . .]

«documents» Tous éléments d'information, quels que soient leur forme et leur support, notamment correspondance, note, livre, plan, carte, dessin, diagramme, illustration

tape, machine readable record, and any other documentary material, regardless of physical form or characteristics, and any copy thereof.

...

5. (1) No record under the control of a government institution and no ministerial record, whether or not it is surplus property of a government institution, shall be destroyed or disposed of without the consent of the Archivist.

[9] Since, in the event the documents were turned over to the archives they would be in the control of the latter and arguably no longer subject to the constraints accepted by the Crown's lawyers, the provisions of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, are also relevant. The most pertinent sections read:

3. . . .

"record" includes any correspondence, memorandum, book, plan, map, drawing, diagram, pictorial or graphic work, photograph, film, microfilm, sound recording, videotape, machine readable record, and any other documentary material, regardless of physical form or characteristics, and any copy thereof

...

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

(a) a Canadian citizen, or,

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

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

[10] This appears to be the first time that a question of this sort has arisen. In the past, when litigation has been settled or otherwise concluded, parties have routinely returned or destroyed all documents obtained on discovery which have not been used in evidence. This has been the case as much for the Crown as for private litigants and the initial position taken by the Department of Justice in this case appears in conformity with past practice. The emergence of the *National Archives of Canada Act* as a barrier to conforming to such practice is new, although the legislation itself has

ou graphique, photographique, film, microforme, enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, ou toute reproduction de ces éléments d'information.

[. . .]

5. (1) L'élimination ou l'aliénation des documents des institutions fédérales et des documents ministériels, qu'il s'agisse ou non de biens de surplus, est subordonnée à l'autorisation de l'archiviste.

[9] Étant donné que, s'ils étaient remis aux archives, les documents seraient sous le contrôle de l'archiviste et, comme on peut le supposer, ils ne seraient plus assujettis aux contraintes acceptées par les avocats de la Couronne, les dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, sont également pertinentes. Les articles les plus pertinents sont les suivants:

3. [. . .]

«document» Tous éléments d'information, quels que soient leur forme et leur support, notamment correspondance, note, livre, plan, carte, dessin, diagramme, illustration ou graphique, photographie, film, microformule, enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, ou toute reproduction de ces éléments d'information.

[. . .]

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

a) les citoyens canadiens;

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

[10] Il semble que ce soit la première fois qu'une question de ce genre se pose. Par le passé, quand un litige était réglé ou qu'il prenait fin de toute autre manière, les parties avaient l'habitude de retourner ou détruire tous les documents obtenus à l'étape de la communication de la preuve qui n'avaient pas été utilisés en preuve. C'était la pratique suivie tant par la Couronne que par les parties privées et la position initiale adoptée par le ministère de la Justice dans la présente affaire semble conforme à cette pratique. L'utilisation de la *Loi sur les Archives nationales du*

been on the books for many years.¹

[11] It is also disturbing that the Department of Justice has apparently chosen to wait until this time to raise its alleged obligations under the *National Archives of Canada Act*. If, as Mr. Lester contends, those obligations operate to prevent Justice lawyers from returning or destroying documents obtained in the discovery process, it seems to me that they had a clear obligation to make that fact known at the beginning of the process and not to wait until they had had the advantage of the intrusive elements of document discovery before maintaining that they could not deliver on the *quid pro quo*. I shall return to this matter later.

[12] I also note that the obligations imposed by the implied undertaking are in many respects very similar to those contained in the express undertaking required in the analogous situation where solicitors are allowed to inspect material produced in confidence in accordance with the provisions of rules 151 and 152 [of the *Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106*]. If materials so obtained by Justice lawyers are subject to the constraints of the *National Archives of Canada Act*, then those lawyers would equally not be able to respect their undertakings in regard to them either, with consequences which might prove very unpleasant indeed for them.

[13] The defendant argues, however, that the statutory obligation is clear: the applicable section of the *National Archives of Canada Act* uses the same word “control” and is cast in similar terms to the equivalent section in the *Access to Information Act*.

[14] While there appears to be virtually no jurisprudence under the *National Archives of Canada Act*, the cases under the *Access to Information Act* have taken a generous view of the sense to be given to the

Canada pour faire obstacle à une telle pratique est nouvelle, bien que la loi elle-même existe depuis de nombreuses années¹.

[11] Il est également étonnant de constater que le ministère de la Justice a apparemment choisi d’attendre jusqu’à maintenant pour faire valoir les obligations que lui imposerait la *Loi sur les Archives nationales du Canada*. Si, comme le prétend M. Lester, ces obligations ont pour effet d’empêcher les avocats du ministère de la Justice de remettre ou détruire les documents qu’ils ont obtenus au cours de la communication de la preuve, il me semble qu’ils avaient l’obligation manifeste de divulguer ce fait dès le début de la procédure plutôt que d’attendre d’avoir eu l’avantage de profiter de cette intrusion que constitue la communication des documents avant de prétendre qu’ils ne peuvent respecter leur engagement. Je reviendrai sur cette question plus loin.

[12] Je note également que les obligations imposées par l’engagement implicite sont, à bien des égards, très semblables à celles contenues dans l’engagement explicite que les avocats doivent prendre dans une situation analogue lorsqu’ils sont autorisés à consulter des documents produits sous le sceau de la confidentialité conformément aux dispositions des règles 151 et 152 [des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106]. Si les documents ainsi obtenus par les avocats du ministère de la Justice étaient assujettis aux contraintes de la *Loi sur les Archives nationales du Canada*, ces avocats ne seraient pas non plus en mesure de respecter leurs engagements à l’égard de ces documents, et les conséquences pourraient en être très désagréables pour eux-mêmes.

[13] Toutefois, la défenderesse prétend que l’obligation légale est claire: l’article applicable de la *Loi sur les Archives nationales du Canada* utilise le même terme «contrôle» et est rédigé dans des termes semblables à l’article équivalent de la *Loi sur l’accès à l’information*.

[14] Bien qu’il semble n’y avoir aucune jurisprudence fondée sur la *Loi sur les Archives nationales du Canada*, les décisions fondées sur la *Loi sur l’accès à l’information* ont adopté une position large quant au

concept of control. In particular, it has been held that an obligation of confidentiality imposed by the originator of the document (*Baldasaro, Blacklock and Tucker v. Canada* (1986), 4 F.T.R. 120 (F.C.T.D.)), by the governmental recipient (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Immigration & Refugee Board)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 96 (F.C.T.D.)), or by a party entering into contractual relations with the government (*Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110 (C.A.)), do not operate to remove such documents from being in the "control" of a government department within the meaning of that statute.

[15] In my view, and despite the similarity of the statutory language, the cases under the *Access to Information Act* are not governing. The two statutes are not *in pari materia*. Their objectives are different, the one being to provide for access by the public to the workings of an open and accountable government and the other being to ensure that a historical record of government operations is preserved.

Access to Information Act

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

National Archives of Canada Act

4. (1) The objects and functions of the National Archives of Canada are to conserve private and public records of national significance and facilitate access thereto, to be the permanent repository of records of government institutions and of ministerial records, to facilitate the management of records of government institutions and of ministerial records, and to encourage archival activities and the archival community.

[16] It is a fair inference that Parliament's interest in creating the public archive was primarily in ensuring that the archives should contain those documents relating to the actual operations of government as such

sens qu'il faut donner à la notion de contrôle. Plus particulièrement, on a statué qu'une obligation de confidentialité imposée par l'auteur du document (*Baldasaro, Blacklock et Tucker c. Canada* (1986), 4 F.T.R. 120 (C.F. 1^{re} inst.)), par l'institution fédérale qui le reçoit (*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 96 (C.F. 1^{re} inst.)), ou par une partie qui a des relations contractuelles avec le gouvernement (*Société canadienne des postes. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110 (C.A.)), n'a pas pour effet de faire en sorte que ces documents ne sont plus sous le «contrôle» d'un ministère fédéral au sens de cette loi.

[15] À mon avis, et malgré la similitude des textes de loi, les décisions fondées sur la *Loi sur l'accès à l'information* ne sont pas déterminantes. Les deux lois ne traitent pas des mêmes matières. Leurs objectifs sont différents, l'une ayant pour objet d'assurer l'accès du public aux travaux d'un gouvernement transparent et responsable et l'autre ayant pour but d'assurer la conservation d'un dossier historique sur les activités du gouvernement.

Loi sur l'accès à l'information

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

Loi sur les Archives nationales du Canada

4. (1) Les Archives nationales du Canada conservent les documents privés et publics d'importance nationale et en favorisent l'accès. Elles sont le dépositaire permanent des documents des institutions fédérales et des documents ministériels. Elles facilitent la gestion des documents des institutions fédérales et des documents ministériels et appuient les milieux des archives.

[16] Il est raisonnable de supposer que l'intention recherchée par le législateur au moment de la création des archives publiques était principalement d'assurer que seraient conservés les documents ayant trait aux

rather than to government in its incidental role as plaintiff or defendant in civil litigation.

[17] More important, the cases under the *Access to Information Act* do not deal with a situation where the law itself imposes a condition upon the government institution which receives a document. This is critical. Documents received by Justice in the discovery process are not subject to a merely voluntary condition. Lawyers for the Crown do not have the option of refusing to give the implied undertaking: by accepting the documents they are bound towards the Court to deal with them only in the way permitted by the undertaking. That condition is imposed upon the solicitors and upon the department and the government they serve prior to the documents ever coming into their possession. Furthermore, the undertaking extends not only to the documents themselves but, much more significantly, to all information obtained as a result of the discovery process, e.g. through answers to oral questions. The Court in extracting the undertaking is concerned not so much with the documents as pieces of paper but rather, and significantly, with the information they may contain. That information is to remain private unless and until it comes out in open Court. While the point does not arise for decision herein, I seriously doubt that it could be called “government information”. It is not in the government’s control because the latter’s possession of it is constrained and restricted by law.

[18] But Mr. Lester has another string to his bow: in a little noted case, which as far as counsel have been able to discover, has been neither noted nor followed, Harman J. held, in *Brue Ltd. v. Solly* (1988) *The Times*, February 9, 1988 (Ch. D.), that a third party whose private diary was in the hands of the defendant who had produced a copy of it on discovery, was not entitled to have that copy either destroyed or returned to him after the case was over. Harman J. placed his

activités réelles du gouvernement dans son rôle principal, plutôt qu’aux activités de ce dernier dans son rôle accessoire de demandeur ou de défendeur dans une poursuite civile.

[17] Chose plus importante, les décisions fondées sur la *Loi sur l’accès à l’information* ne traitent pas d’une situation où la loi elle-même impose une condition à l’institution fédérale qui reçoit un document. Cet aspect est déterminant. Les documents reçus par le ministère de la Justice à l’étape de la communication de la preuve ne sont pas assujettis à une condition simplement volontaire. Les avocats de la Couronne n’ont pas la faculté de refuser de prendre l’engagement implicite: en acceptant les documents, ils s’engagent envers la Cour à utiliser ces documents uniquement de la façon autorisée par cet engagement. Cette condition est imposée aux avocats, ainsi qu’au ministère et au gouvernement qu’ils servent, avant même que les documents ne leur soient remis. En outre, l’engagement porte non seulement sur les documents eux-mêmes mais, ce qui est beaucoup plus important, sur tous les renseignements obtenus dans le cadre du processus de communication de la preuve, par exemple au moyen des réponses données à des questions verbales. En leur faisant prendre cet engagement, la Cour se préoccupe non pas tant des documents en tant que papiers mais plutôt, et à bon droit, des renseignements qu’ils peuvent contenir. Ces renseignements doivent demeurer confidentiels tant et aussi longtemps qu’ils ne sont pas dévoilés en audience publique. Bien qu’il ne soit pas nécessaire de trancher ce point en l’espèce, je doute fortement que l’on puisse parler de «renseignements de l’administration fédérale». Ces renseignements ne sont pas sous le contrôle du gouvernement parce que la possession qu’en a ce dernier est limitée par la loi.

[18] Mais M. Lester a un autre atout dans son jeu: dans une cause rarement citée, qui, pour autant que les avocats ont pu s’en assurer, n’a été ni mentionnée ni suivie, le juge Harman a statué, dans *Brue Ltd. v. Solly* (1988) *The Times*, 9 février 1988 (Ch. D.), qu’un tiers dont le journal personnel était en possession du défendeur qui en avait produit copie au moment de la communication de la preuve, n’avait pas le droit de faire détruire cette copie ou de la récupérer à l’issue

decision upon two grounds: first, that the ownership in the chattel, or piece of paper upon which the copy was reproduced, was in the defendant who had made the copy, and second, that the defendant was a “gentleman” who was not likely to breach the undertaking of which he was well aware.

[19] The second point makes the case of *Brue* readily distinguishable from the situation here since the whole burden of the argument put forward by Mr. Lester is that the Department of Justice, notwithstanding its awareness of the implied undertaking, proposes to breach it and to turn the documents in question over to the archives. There is thus a real threat that the confidentiality of the information obtained on discovery will be lost. It is also by no means clear that the defendant here has any property rights in the documents: the copies were made by the plaintiff and certainly belonged at one time to it. Mr. Lester argues that I should infer from the fact that the settlement payment included a sum for costs that property in the documents thereupon passed to the Crown. I can draw no such inference; on the contrary, it seems to me to be far more likely that it was an implied term of the settlement agreement that the documents would be destroyed or returned in accordance with the wishes of the party who had produced them in the first place, a course which was originally proposed by the Crown’s lawyers themselves.

[20] But, with respect, it is my view that the authority of *Brue* is very dubious on other grounds. To rely on the ownership of the chattel, the piece of paper, as defeating the far more fundamental right to the privacy of the information contained therein, seems to me to place an inordinate value on the right of property in an object with virtually no inherent value and to wholly overlook the modern concept of privacy as a right which the law should both foster and protect. Balancing those two rights, property and privacy, against one another in the context of the present case, I have no difficulty in concluding that the latter must prevail and that the plaintiff is entitled to the order

de l’instance. Le juge Harman a justifié sa décision par deux motifs: premièrement, le bien meuble, ou le papier sur lequel la copie avait été faite, appartenait au défendeur qui avait fait la copie et, deuxièmement, le défendeur était un «gentleman» qui n’allait vraisemblablement pas manquer à l’engagement dont il était parfaitement au courant.

[19] Ce deuxième motif de l’affaire *Brue* permet de distinguer rapidement la situation en l’espèce de cette affaire étant donné que le fond de l’argument avancé par M. Lester est que le ministère de la Justice, malgré sa connaissance de l’engagement implicite qui lui incombe, se propose d’y manquer et de remettre les documents en question aux archives. Il y a donc un danger réel que la confidentialité des renseignements obtenus à l’étape de la communication de la preuve ne sera pas respectée. En outre, il n’est pas du tout certain que la défenderesse en l’espèce a un droit de propriété quelconque sur les documents: les copies ont été faites par la demanderesse et elles lui ont certainement appartenu à un moment ou à un autre. M. Lester prétend que je devrais déduire du fait que le paiement effectué en règlement incluait un montant pour les dépens que la propriété des documents est passé à la Couronne. Je ne peux faire une telle inférence; au contraire, il me semble beaucoup plus probable que l’entente de règlement ait été assortie de la condition implicite que les documents seraient détruits ou remis conformément aux souhaits de la partie qui les a produits en tout premier lieu, solution qui avait d’ailleurs initialement été proposée par les avocats de la Couronne eux-mêmes.

[20] Mais, en toute déférence, je suis d’avis que le jugement dans l’affaire *Brue* est très suspect pour d’autres motifs. S’appuyer sur la propriété du bien meuble, le morceau de papier, pour faire échec au droit beaucoup plus fondamental de la confidentialité des renseignements qu’il contient, me semble accorder une valeur excessive au droit de propriété applicable à un objet qui n’a virtuellement aucune valeur intrinsèque et ignorer complètement le concept moderne de protection des renseignements personnels qui est un droit que la loi doit promouvoir autant que protéger. Si l’on compare ces deux droits, la propriété et la confidentialité, dans le contexte de la présente affaire,

which it seeks for the return or destruction of the documents.²

[21] I would add that I have not overlooked the fact that in the event that the documents were turned over to the archives and a subsequent request for access under the *Access to Information Act* were made, the plaintiff might be able successfully to oppose the application under the terms of that statute. That does not seem to me to be an answer; the present litigation is over and the plaintiff should not have to anticipate that for years to come it may have to continue to defend its privacy rights at its own expense simply because it was unwise enough to sue the government and to achieve a successful settlement. The case would be even more striking for a defendant who had successfully resisted an action brought by the Crown if the documents which he had disclosed on discovery were viewed as having fallen under the “control” of the Department of Justice and being subject in consequence to demands under the *Access to Information Act*.

[22] I conclude accordingly that the documents here in question were not and are not under the control of the Department of Justice and continue to be subject to the terms of the undertaking. They must be returned.

[23] On the question of costs, I have previously adverted to the conduct of the Crown’s lawyers. I consider it to be wholly unconscionable that they should have acted as they did. Even if, as I suspect to be the case, the idea of the *National Archives of Canada Act* as trumping their obligations under the implied undertaking only came to them after the case was settled, that cannot excuse their taking a position which is wholly incompatible with their obligations previously undertaken to the Court and the plaintiff. They have forced the plaintiff to fight a long and unnecessary battle, and one which is no doubt costly. Even if they had been right in their view of the law, I would have ordered that the plaintiff should recover the costs of this motion. In my opinion, the plaintiff

je n’ai aucune difficulté à conclure que le dernier doit prévaloir et que la demanderesse a droit à l’ordonnance qu’elle réclame pour que les documents lui soient remis ou qu’ils soient détruits².

[21] J’ajouterais que je n’ai pas oublié le fait que si les documents étaient remis aux archives et qu’une demande d’accès en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information* était présentée ultérieurement, la demanderesse pourrait s’opposer avec succès à cette demande en vertu des dispositions de cette loi. Cela ne me semble pas une solution; la présente instance est terminée et la demanderesse ne devrait pas avoir à s’attendre, peut-être pendant plusieurs années, à devoir continuer à défendre ses droits à la confidentialité à ses propres frais simplement parce qu’elle n’a pas eu la sagesse de poursuivre le gouvernement pour obtenir gain de cause. Le cas serait encore plus frappant s’il s’agissait d’un défendeur qui se serait opposé avec succès à une action intentée par la Couronne et que les documents qu’il avait communiqués à l’enquête préalable fussent considérés comme étant sous le «contrôle» du ministère de la Justice et donc assujettis aux demandes présentées en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information*.

[22] Par conséquent, je conclus que les documents en question n’étaient pas et ne sont pas sous le contrôle du ministère de la Justice et qu’ils continuent de faire l’objet de l’engagement implicite. Ils doivent donc être remis à la demanderesse.

[23] Pour ce qui est des dépens, je me suis déjà exprimé sur la conduite des avocats de la Couronne. J’estime qu’il est tout à fait abusif d’avoir agi comme ils l’ont fait. Même si, comme je le soupçonne, l’idée que la *Loi sur les Archives nationales du Canada* a préséance sur leurs obligations en vertu de l’engagement implicite ne leur est venue qu’après le règlement de l’affaire, cela ne les excuse pas d’avoir adopté une position qui est tout à fait incompatible avec les obligations auxquelles ils se sont antérieurement engagés envers la Cour et la demanderesse. Ils ont forcé la demanderesse à livrer un combat long et inutile, et certainement coûteux. Même si leur interprétation de la loi avait été la bonne, j’aurais ordonné que les dépens de la présente requête soient adjugés en

should be compensated for their legal costs associated with this matter in their entirety. Thus, costs to the plaintiff are to be assessed on a solicitor and client basis.

ORDER

All documents obtained by the defendant on discovery and not forming part of the public record are to be returned to the plaintiff within ten (10) days of this order. The plaintiff shall have its costs of this motion to be assessed on a solicitor and client basis.

¹ The *National Archives of Canada Act*, S.C. 1987, c. 1, replaced *The Public Archives Act*, dating back to 1912 (S.C. 1912, c. 4).

² See *R. v. Stewart*, [1988] 1 S.C.R. 963, at p. 977, where the Supreme Court alluded to the necessity of balancing the parties' interests in determining the type of protection to be afforded by the courts.

faveur de la demanderesse. À mon avis, la demanderesse devrait être pleinement indemnisée des frais judiciaires qu'elle a engagés dans cette affaire. Par conséquent, les dépens adjugés en faveur de la demanderesse seront fixés sur la base des frais entre procureur et client.

ORDONNANCE

Tous les documents obtenus par la défenderesse au cours de la communication de la preuve et qui ne font pas partie du dossier public doivent être retournés à la demanderesse dans les dix (10) jours suivant la présente ordonnance. La demanderesse a droit aux dépens de la présente requête qui seront fixés sur la base des frais entre procureur et client.

¹ La *Loi sur les Archives nationales du Canada*, L.C. 1987, ch. 1, a remplacé la *Loi sur les archives publiques*, qui remontait à 1912 (S.C. 1912, ch. 4).

² Voir *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963, à la p. 977, où la Cour suprême a fait allusion à la nécessité de mettre en équilibre les intérêts des parties pour déterminer le genre de protection que les tribunaux doivent accorder.

A-19-98

The Minister of Citizenship and Immigration
(Appellant) (Applicant)

v.

Hawa Ibrahim Adam (Respondent) (Respondent)

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

Court of Appeal, Stone, Isaac and Evans J.J.A.—
Toronto, November 21, 2000; Ottawa, January 11,
2001.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Appeal from dismissal in part of application for judicial review of Immigration Appeal Division's decision allowing appeal from denial of respondent's application to sponsor husband — Application for landing denied because husband Cabinet minister in Siad Barre's Somali government — Immigration Act, s. 19(1)(l) prohibiting admission of senior member of government engaged in human rights violations, crimes against humanity, except those who have satisfied Minister admission would not be detrimental to national interest — On application for judicial review, Court cannot consider issue of ministerial exemption when issue not raised by either party before tribunal — "Have satisfied" suggesting ministerial exception to be made prior to visa officer's decision — S. 19(1)(l), (1.1) not containing rebuttable presumption (Isaac J.A. dissenting) — But Board should have invited argument as to whether special relief should be granted pursuant to s. 77(3)(b) — Matter remitted to Board for redetermination of whether compassionate or humanitarian considerations warranting granting of special relief.

This was an appeal from the dismissal in part of an application for judicial review of the Immigration Appeal Division's decision allowing an appeal from the denial of the respondent's application to sponsor her husband's application for landing. The sponsorship had been denied on the basis that the respondent's husband, a citizen of Somalia, was inadmissible because he was a person described in *Immigration Act*, paragraph 19(1)(l), which prohibits the admission of senior members of, or senior officials in, the service of a government that is engaged in human rights violations, or crimes against humanity, except persons who

A-19-98

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(appelant) (demandeur)

c.

Hawa Ibrahim Adam (intimée) (défenderesse)

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

Cour d'appel, juges Stone, Isaac et Evans, J.C.A.—
Toronto, 21 novembre 2000; Ottawa, 11 janvier 2001.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Appel du rejet en partie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de l'immigration accueillant un appel du refus de faire droit à la demande de l'intimée de parrainer son mari — Demande d'établissement refusée en raison du fait que le mari était un ministre du cabinet dans le gouvernement somalien de Siad Barre — L'art. 19(1)l) de la Loi sur l'immigration interdit l'admission de personnes qui, à un rang élevé, font partie ou sont au service d'un gouvernement qui se livre à des violations des droits de la personne ou à des crimes contre l'humanité, sauf si elles convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national — Dans le cadre d'un contrôle judiciaire, une cour ne peut pas tenir compte de la question de la dispense ministérielle quand cette question n'a pas été soulevée par les parties devant le tribunal — Les mots «sauf si elles convainquent» laissent supposer que la dispense ministérielle doit précéder la décision de l'agent des visas — L'art. 19(1)l), (1.1) ne contient pas de présomption réfutable (le juge Isaac, J.C.A., dissident) — Cependant, la Commission aurait dû demander qu'on lui présente des arguments quant à savoir si une mesure spéciale devrait être octroyée conformément à l'art. 77(3)b) — L'affaire a été renvoyée devant la Commission pour une nouvelle décision sur la question de savoir s'il existe des raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale.

Il s'agissait d'un appel formé contre le rejet en partie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de l'immigration qui accueillait un appel du refus de faire droit à la demande de l'intimée de parrainer la demande d'établissement de son mari. Le parrainage avait été refusé en raison du fait que le mari de l'intimée, un citoyen de la Somalie, n'était pas admissible parce qu'il était une personne visée par l'alinéa 19(1)l) de la *Loi sur l'immigration*, qui interdit l'admission de personnes qui, à un rang élevé, font partie ou sont au service d'un gouvernement qui se livre à des violations des droits de la personne ou à des

have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest. Subsection 19(1.1) defines "senior members of or senior officials in the service of a government". The Immigration Appeal Division allowed the appeal on the ground that paragraph 19(1)(l) contained a rebuttable presumption which the respondent's husband had successfully rebutted. On judicial review, the Associate Chief Justice found that paragraph 19(1)(l) did not create a rebuttable presumption. He held that a listing in paragraphs 19(1.1)(a) to (g) automatically brings a person within the proscription in paragraph 19(1)(l), but that the Minister had erred in assessing the exception contained in paragraph 19(1)(l). The Motions Judge assumed that the exception had been denied and that the Minister had given no reasons for the denial. The Motions Judge certified the following questions pursuant to section 83: (1) in an application for judicial review of a decision concerning a person's admissibility under paragraph 19(1)(l), can the Court consider the issue of the ministerial exemption contained therein when this issue was not raised by either party before the tribunal; (2) if the answer is yes, is a person required to make a written request to the Minister to satisfy the Minister that his/her admission would not be detrimental to the national interest and is the Minister required to provide written reasons for her decision; (3) do paragraph 19(1)(l) and subsection 19(1.1) contain a rebuttable presumption?

Held (Isaac J.A. *dissenting* in part), the appeal should be allowed.

Per Stone J.A. (Evans J.A. *concurring*): The construction of these paragraphs is one of first impression. Once it was determined that the respondent's husband was a cabinet minister in the Somalian government of Siad Barre, he fell within paragraph 19(1.1)(b) (members of the cabinet) and thereby became inadmissible to Canada under paragraph 19(1)(l) unless the Minister had excepted him from the application of that paragraph. The words "have satisfied" in the excepting language suggests that a ministerial exception is to be made prior to the decision of the visa officer. As the respondent's husband failed to seek a ministerial exception in a timely fashion, such an exception is no longer available to him. The first question was answered in the negative; therefore it was unnecessary to answer the second question.

The third question should be answered in the negative. Paragraph 19(1)(l) does not contain a rebuttable presumption. The Board should, however, have invited argument with respect to whether special relief should be granted to the respondent's husband pursuant to paragraph 77(3)(b) before it finally disposed of the matter. The subject of "humanitarian or compassionate considerations" was addressed, but the Board found it unnecessary to reach a

crimes contre l'humanité, sauf si elles convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national. Le paragraphe 19(1.1) définit les «personnes visées par l'alinéa (1)l)». La section d'appel de l'immigration a accueilli l'appel pour le motif que l'alinéa 19(1)l) contenait une présomption réfutable que le mari de l'intimée avait réussi à réfuter. Dans le cadre du contrôle judiciaire, le juge en chef adjoint a conclu que l'alinéa 19(1)l) ne créait pas une présomption réfutable. Il a statué qu'une inscription aux alinéas a) à g) du paragraphe 19(1.1) fait automatiquement tomber une personne sous le coup de l'interdiction mentionnée à l'alinéa 19(1)l), mais que le ministre avait commis une erreur dans son appréciation de la dispense contenue dans cet alinéa. Le juge des requêtes a supposé que la dispense avait été refusée et que le ministre n'avait pas motivé sa décision. Le juge des requêtes a certifié les questions suivantes sous le régime de l'article 83: 1) dans une demande de contrôle judiciaire d'une décision portant sur l'admissibilité d'une personne en vertu de l'alinéa 19(1)l), la Cour peut-elle tenir compte de la question de la dispense ministérielle dans cet article quand cette question n'a pas été soulevée par les parties devant le tribunal; 2) dans l'affirmative, une personne est-elle tenue de présenter une demande écrite au ministre afin de le convaincre que son admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national et le ministre est-il tenu de fournir des motifs écrits de sa décision; 3) l'alinéa 19(1)l) et le paragraphe 19(1.1) contiennent-ils une présomption réfutable?

Arrêt (le juge Isaac, J.C.A., *dissident* en partie): l'appel doit être accueilli.

Le juge Stone, J.C.A. (avec l'appui du juge Evans, J.C.A.): L'interprétation de ces alinéas est sans précédent. Une fois qu'il a été décidé que le mari de l'intimée a occupé le poste de ministre du cabinet dans le gouvernement somalien de Siad Barre, il est visé par l'alinéa 19(1.1)b) (membres du cabinet) et devient donc non admissible au Canada sous le régime de l'alinéa 19(1)l), à moins que le ministre n'ait accepté de le soustraire à l'application de cet alinéa. Les mots «sauf si elles convainquent» dans le libellé de la dispense laissent supposer que la dispense ministérielle doit précéder la décision de l'agent des visas. Comme le mari de l'intimée n'a pas demandé une dispense ministérielle en temps opportun, il ne peut plus le faire. On a répondu à la première question par la négative; par conséquent, il n'était pas nécessaire de répondre à la deuxième question.

Il faudrait répondre à la troisième question par la négative. L'alinéa 19(1)l) ne contient pas de présomption réfutable. La Commission aurait dû cependant demander qu'on lui présente des arguments quant à savoir si une mesure spéciale devrait être octroyée au mari de l'intimée conformément à l'alinéa 77(3)b), avant qu'elle ne tranche définitivement l'affaire. Le sujet des «raisons d'ordre humanitaire» a été abordé, mais la Commission a conclu qu'il n'était pas

conclusion with respect to the availability of relief under paragraph 77(3)(b) because the respondent had “successfully rebutted the presumption raised” in paragraph 19(1)(f). The matter was remitted to the Board for redetermination of whether there exists compassionate or humanitarian considerations that warrant the granting of special relief pursuant to paragraph 77(3)(b).

Per Isaac J.A. (dissenting as to the answer to question three): A listing in paragraphs 19(1.1)(a) to (g) does not automatically bring a person within the proscription in paragraph 19(1)(f).

The issue turned on the construction of paragraph 19(1)(f). Issues of legislative interpretation are issues of law. Consequently, a reviewing Court may apply a standard of review of correctness, even though the issue of law decided by the tribunal did not involve an issue of jurisdiction.

Courts are obliged to determine the meaning of legislation in its total context. One contextual feature is the object of the legislation, found in section 3, which recognizes the need to facilitate the reunion in Canada of Canadian citizens and permanent residents with their close relatives from abroad. The Act is remedial legislation. As such, the language must be given such purposive interpretation as would attain its objects. The definition of “senior member of or senior official in the service of a government” is not exhaustive. Thus, in the context of a hearing, to succeed, the Minister must show that a person not listed in subsection 19(1.1) held a position, and by virtue of that position was able to exert a significant influence on the exercise of government power. Assuming that the Minister lead such evidence, the adversarial process would require the person to lead evidence to tip the balance in his or her favour, in order to avoid classification under paragraph 19(1)(f). But the Minister’s counsel denied that this would be so in relation to persons whose occupations are listed in paragraphs 19(1.1)(a) to (g). Such an interpretation would be inconsistent with the fairness provisions of the Charter and contrary to the stated purpose and objectives of the Act. An interpretation which allows all persons whose sponsorship applications have been refused under paragraph 19(1)(f) and subsection 19(1.1) to lead evidence which, if believed, will negate classification under paragraph 19(1)(f) is more consistent with notions of fairness which underlie both the Charter and the stated objectives of the Act.

Whether subsection 19(1.1) creates a rebuttable presumption or requires the Minister to show a *prima facie* case is irrelevant. In either case, the person whose admission was refused must lead evidence which, if believed, would lead to the conclusion which the Immigration Appeal Division

nécessaire de tirer une conclusion relativement à la disponibilité de la mesure prévue à l’alinéa 77(3)(b) parce que l’intimée avait «réfuté avec succès la présomption soulevée» à l’alinéa 19(1)(f). L’affaire a été renvoyée devant la Commission pour une nouvelle décision sur la question de savoir s’il existe des raisons d’ordre humanitaire justifiant l’octroi d’une mesure spéciale conformément à l’alinéa 77(3)(b).

Le juge Isaac, J.C.A. (*dissent* quant à la réponse à la troisième question): Une inscription aux alinéas a) à g) du paragraphe 19(1.1) ne fait pas automatiquement tomber une personne sous le coup de l’interdiction mentionnée à l’alinéa 19(1)(f).

Le litige portait sur l’interprétation de l’alinéa 19(1)(f). Les questions d’interprétation des lois sont des questions de droit. Par conséquent, une cour siégeant en contrôle judiciaire peut appliquer la norme de la décision correcte, même si la question de droit tranchée par le tribunal ne comportait pas de question de compétence.

Les tribunaux sont tenus d’interpréter un texte législatif dans son contexte global. Une caractéristique contextuelle est l’objet de la loi, figurant à l’article 3, qui reconnaît la nécessité de faciliter la réunion au Canada des citoyens canadiens et résidents permanents avec leurs proches parents de l’étranger. Il s’agit d’une loi rectificative. Il faut donc donner au libellé une interprétation propre à la réalisation de ses objectifs. La définition des personnes qui «à un rang élevé, font ou ont fait partie ou sont ou ont été au service d’un gouvernement» n’est pas exhaustive. Par conséquent, dans le cadre d’une audience, pour réussir, le ministre doit démontrer qu’une personne qui ne figure pas sur la liste au paragraphe 19(1.1), occupe un poste, et en raison de ce poste pouvait être en mesure d’influencer sensiblement l’exercice du pouvoir par son gouvernement. Si on supposait, par hypothèse, que le ministre présente une telle preuve, la procédure contradictoire exigerait que la personne présente une preuve qui fasse pencher la balance en sa faveur, afin de ne pas tomber sous le régime de l’alinéa 19(1)(f). L’avocate du ministre a toutefois nié que cela s’appliquerait aux personnes visées par les alinéas 19(1.1)(a) à g). Une telle interprétation serait incompatible avec les dispositions d’équité de la Charte et en contravention du but et des objectifs énoncés par la Loi. Une interprétation qui permet à toutes les personnes dont les demandes de parrainage ont été rejetées aux termes de l’alinéa 19(1)(f) et du paragraphe 19(1.1) de présenter une preuve qui, si on y prête foi, annulera la classification dans la catégorie non admissible prévue par l’alinéa 19(1)(f) est plus compatible avec des notions d’équité sous-jacentes à la Charte et aux objectifs énoncés par la Loi.

Il n’est pas pertinent que l’on dise que le paragraphe 19(1.1) crée une présomption réfutable ou qu’il exige que le ministre fasse une preuve *prima facie*. Dans les deux cas, la personne dont l’admission a été refusée doit présenter une preuve qui, si on y prête foi, mènerait à la conclusion tirée

reached in this case. Such an interpretation would make it unnecessary to have recourse to an application under paragraph 77(3)(b).

The respondent's husband has been separated from his family for many years. The circumstances and the stated object of the Act required that this case be considered with greater care than the reasons of the Motions Judge appeared to suggest.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 3, 19(1)(l) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), (1.1) (as enacted *idem*), 77(3) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 15), 83 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Esse v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] F.C.J. No. 46 (T.D.) (QL).

REFERRED TO:

Minister of Employment and Immigration v. Gill (H.K.) (1991), 137 N.R. 373 (F.C.A.); *Sheik v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, I.R.B., Micillo (Adj.), decision dated 17/7/95; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 22 Admin. L.R. (2d) 79; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348.

AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1993.

APPEAL from the dismissal in part of an application for judicial review (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Adam* (1997), 137 F.T.R. 68 (F.C.T.D.)) of the Immigration Appeal Division's decision (*Adam v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1996), 36 Imm. L.R. (2d) 155) allowing an appeal from the denial of the respondent's applica-

tion par la section d'appel de l'immigration en l'espèce. Une telle interprétation ferait en sorte qu'il ne serait pas nécessaire d'avoir recours à une demande fondée sur l'alinéa 77(3)b).

Le mari de l'intimée et sa famille ont été séparés pendant de nombreuses années. Les circonstances et l'objet explicite de la Loi exigeaient que la présente affaire soit considérée avec plus d'attention que ne le laissaient entendre les motifs du juge des requêtes.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 3, 19(1)l) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), (1.1) (édicte, *idem*), 77(3) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 15), 83 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

JURISPRUDENCE

DÉCISION EXAMINÉE:

Esse c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] A.C.F. n° 46 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES:

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Gill (H.K.) (1991), 137 N.R. 373 (C.A.F.); *Sheik c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, C.I.S.R., l'arbitre Micillo, décision en date du 17-7-95; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 22 Admin. L.R. (2d) 79; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348.

DOCTRINE

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1993.

APPEL du rejet en partie d'une demande de contrôle judiciaire (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Adam* (1997), 137 F.T.R. 68 (C.F. 1^{re} inst.)) d'une décision de la section d'appel de l'immigration (*Adam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 36 Imm. L.R. (2d) 155) accueillant un appel du refus de faire droit

tion to sponsor her husband because he was a person described in *Immigration Act*, s. 19(1)(I). Appeal allowed.

APPEARANCES:

Sally E. Thomas for appellant.
No one appearing for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] STONE J.A.: This is an appeal from a decision of the then Associate Chief Justice dated August 29, 1997 [(1997), 137 F.T.R. 68], in which he dismissed an application for judicial review in part and, on December 29, 1997 certified the following questions pursuant to section 83 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] (the Act):

1. In an application for judicial review of a decision concerning a person's admissibility under s. 19(1)(I) of the *Immigration Act*, can the Court consider the issue of the Ministerial exemption contained in that section when this issue has not been raised by either party before the tribunal?
2. If the answer is yes, is a person required to make a written request to the Minister in order to satisfy the Minister that his/her admission would not be detrimental to the national interest and is the Minister required to provide written reasons for her decision?
3. Do sections 19(1)(I) and 19(1.1) of the *Immigration Act* contain a rebuttable presumption?

[2] The respondent sought to sponsor the application for landing in Canada of her husband, a citizen of Somalia. The sponsorship was denied by a visa officer on the basis that the husband was inadmissible to Canada because he was a person described in paragraph 19(1)(I) [as am. *idem*, s. 11] of the Act. That paragraph reads:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

à la demande de l'intimée de parrainer son mari, parce que celui-ci était une personne visée par l'art. 19(1)(I) de la *Loi sur l'immigration*. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Sally E. Thomas pour l'appellant.
Personne n'a comparu pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

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

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

[1] LE JUGE STONE, J.C.A.: Il s'agit de l'appel d'une décision en date du 29 août 1997 [(1997), 137 F.T.R. 68], par laquelle le juge en chef adjoint de l'époque a rejeté en partie une demande de contrôle judiciaire et a, le 29 décembre 1997, certifié les questions suivantes conformément à l'article 83 [mod par L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] (la Loi):

[TRADUCTION]

1. Dans une demande de contrôle judiciaire d'une décision portant sur l'admissibilité d'une personne en vertu de l'alinéa 19(1)(I) de la *Loi sur l'immigration*, la Cour peut-elle tenir compte de la question de la dispense ministérielle dans cet article quand cette question n'a pas été soulevée par les parties devant le tribunal?
2. Dans l'affirmative, une personne est-elle tenue de présenter une demande écrite au ministre afin de le convaincre que son admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national et le ministre est-il tenu de fournir des motifs écrits de sa décision?
3. L'alinéa 19(1)(I) et le paragraphe 19(1.1) de la *Loi sur l'immigration* contiennent-ils une présomption réfutable?

[2] L'intimée cherchait à parrainer la demande d'établissement au Canada de son mari, un citoyen de la Somalie. Un agent des visas a refusé le parrainage en raison du fait que le mari n'était pas admissible au Canada parce qu'il était une personne visée par l'alinéa 19(1)(I) [mod. *idem*, art. 11] de la Loi. Cet alinéa prévoit:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

...

(l) persons who are or were senior members of or senior officials in the service of a government that is or was, in the opinion of the Minister, engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations or war crimes or crimes against humanity within the meaning of subsection 7(3.76) of the *Criminal Code*, except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest.

[3] Paragraph 19(1)(l) is to be read together with subsection 19(1.1) [as enacted *idem*], which read:

19. (1) . . .

(1.1) For the purposes of paragraph (1)(l), “senior members of or senior officials in the service of a government” means persons who, by virtue of the position they hold or have held, are or were able to exert a significant influence on the exercise of government power and, without limiting its generality, includes

- (a) heads of state or government;
- (b) members of the cabinet or governing council;
- (c) senior advisors to persons described in paragraph (a) or (b);
- (d) senior members of the public service;
- (e) senior members of the military and of the intelligence and internal security apparatus;
- (f) ambassadors and senior diplomatic officials; and
- (g) members of the judiciary.

[4] The respondent appealed the denial to the Immigration Appeal Division (the Board) pursuant to subsection 77(3) [as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 15] of the Act, and the appeal was allowed [*Adam v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1996), 36 Imm. L.R. (2d) 155 (I.A.D.)] on the basis that the paragraph 19(1)(l) contained a rebuttable presumption which the respondent’s husband had successfully rebutted. The Board interpreted the provisions in question as stating that any person who holds or has held a position enumerated in subsection 19(1.1) was presumed to hold or to have held a position where he or she is or was able to exert significant influence on the exercise of government power, and that once this is established by the Minister it is for the person

[. . .]

l) celles qui, à un rang élevé, font ou ont fait partie ou sont ou ont été au service d’un gouvernement qui, de l’avis du ministre, se livre ou s’est livré au terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou à des crimes de guerre ou contre l’humanité, au sens du paragraphe 7(3.76) du *Code criminel*, sauf si elles convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national.

[3] L’alinéa 19(1)l) doit être lu conjointement avec le paragraphe 19(1.1) [édicte, *idem*], qui prévoit:

19. [. . .]

(1.1) Les personnes visées par l’alinéa (1)l) sont celles qui, du fait de leurs présentes ou anciennes fonctions, sont ou étaient en mesure d’influencer sensiblement l’exercice du pouvoir par leur gouvernement, notamment:

- a) le chef d’état ou le chef du gouvernement;
- b) les membres du cabinet ou du conseil exécutif;
- c) les principaux conseillers des personnes visées aux alinéas a) et b);
- d) les hauts fonctionnaires;
- e) les responsables des forces armées, des services de renseignement ou de la sécurité intérieure;
- f) les ambassadeurs et les membres du service diplomatique de haut rang;
- g) les juges.

[4] L’intimée a interjeté appel du refus à la section d’appel de l’immigration (la Commission) aux termes du paragraphe 77(3) [mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 15] de la Loi, et l’appel a été accueilli [*Adam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1996), 36 Imm. L.R. (2d) 155 (S.A.I.)] pour le motif que l’alinéa 19(1)l) contenait une présomption réfutable que le mari de l’intimée avait réussi à réfuter. La Commission a interprété les dispositions en litige comme prévoyant qu’une personne qui occupe, ou occupait, un poste énuméré au paragraphe 19(1.1) était présumée, du fait de ses fonctions, être, ou avoir été, en mesure d’influencer sensiblement l’exercice du pouvoir par son gouvernement, et qu’une fois que le ministre a établi qu’il en est ainsi, c’est à la personne

concerned to show that he or she did not exert such presumed influence.

[5] On judicial review, the Associate Chief Justice found that paragraph 19(1)(f) did not create a rebuttable presumption but that the Minister had erred in assessing the exception contained in that paragraph, which authorizes the Minister to except from its application those “persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest”. There was no evidence in the motion record that the Minister had decided to deny the exception. The Associate Chief Justice was of the view that a letter of the former United States Ambassador to Somalia on behalf of the respondent’s husband “is compelling and perhaps determinative”. However, he appears to have assumed that the exception had been denied and that the Minister had given no reasons for the denial.

[6] The appellant argues that it was not open to the Motions Judge to consider the issue of the ministerial exception in paragraph 19(1)(f) in the circumstances of this case. She maintains that upon a proper interpretation of the paragraph, once it appears that a person holds or has held one of the positions listed in paragraphs 19(1.1)(a) to (g), that person is automatically rendered inadmissible to Canada under paragraph 19(1)(f). In order for an exception to operate, the paragraph requires a positive determination by the Minister, which is to be made upon application of the person concerned and proof that his or her admission to Canada would not be detrimental to the national interest. The appellant submits that the excepting provision is not a pre-condition to the operation of the remainder of paragraph 19(1)(f) and therefore that a decision maker thereunder need only be satisfied at the time of his or her decision that no positive excepting decision was already made by the Minister.

[7] I am of the view that these submissions are well founded. As I read the paragraphs in issue, once it is determined that the respondent’s husband held the position of cabinet minister in the Somalian

visée de démontrer qu’elle n’était pas en mesure d’exercer une telle influence présumée.

[5] Dans le cadre du contrôle judiciaire, le juge en chef adjoint a conclu que l’alinéa 19(1)f) ne créait pas une présomption réfutable, mais que le ministre avait commis une erreur dans son appréciation de l’exception contenue dans cet alinéa, qui autorise le ministre à soustraire de son application les personnes qui «convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national». Le dossier de la requête ne comportait aucune preuve que le ministre avait décidé de refuser l’exception. Le juge en chef adjoint était d’avis qu’une lettre écrite par l’ancien ambassadeur des États-Unis en Somalie en faveur du mari de l’intimée «est fort probante, peut-être décisive». Toutefois, il paraît avoir supposé que l’exception avait été refusée et que le ministre n’avait pas motivé sa décision.

[6] L’appelant prétend que le juge des requêtes ne pouvait pas prendre en considération la question de l’exception ministérielle prévue par l’alinéa 19(1)f) compte tenu des circonstances de la présente affaire. Il maintient que selon une interprétation juste de cet alinéa, une fois qu’il ressort qu’une personne exerce, ou a exercé, des fonctions énumérées aux alinéas 19(1.1) a) à g), cette personne devient automatiquement non admissible au Canada aux termes de l’alinéa 19(1)f). Afin que cette personne puisse invoquer avec succès une exception, l’alinéa exige une décision favorable du ministre, qui doit être prise si la personne visée le demande et si celle-ci prouve que son admission au Canada ne sera pas préjudiciable à l’intérêt national. L’appelant soutient que la disposition d’exception n’est pas une condition préalable à la mise en œuvre du reste de l’alinéa 19(1)f) et en conséquence qu’un décideur sous son régime n’a besoin que d’être convaincu, au moment où il prend sa décision, que le ministre n’a pas encore rendu une décision favorable en ce qui concerne l’exception.

[7] Je suis convaincu que ces arguments sont bien fondés. Selon l’interprétation que je fais des alinéas en litige, une fois qu’il est décidé que le mari de l’intimée a occupé le poste de ministre du cabinet dans le

government of Siad Barre, he fell within paragraph 19(1.1)(b) and thereby became inadmissible to Canada under paragraph 19(1)(l) unless the Minister had excepted him from the application of that paragraph. The presence of the words "have satisfied" in the excepting language suggests to me that a ministerial exception is to be made prior to the decision of the visa officer. As the respondent's husband failed to seek a ministerial exception in a timely fashion, such an exception is no longer available to him.

[8] Admittedly, the construction of these paragraphs is one of first impression. I find some support for the approach I am taking in *Minister of Employment and Immigration v. Gill (H.K.)* (1991), 137 N.R. 373 (F.C.A.). In *Esse v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 46 (T.D.) (QL), Rothstein J. (as he then was) commented on the paragraphs in issue when he stated at paragraph 11:

In this regard, a reading of paragraph 19(1)(l) and subsection 19(1.1) reveals that the focus of these provisions is to ensure, as far as possible, that Canada does not become a haven for persons who have engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations, war crimes or crimes against humanity. The scheme of the legislation is to consider senior members or officials of a government as persons who were able to exert a significant influence on the exercise of the government's power such that they must take responsibility for the objectionable acts of their government. Persons holding specific positions within a government are deemed to be senior members of, or senior officials in the service of a government for that purpose. It is on that basis that the applicant, as an ambassador, was considered to be a person within the meaning of paragraph 19(1)(l). To obtain a Minister's exception, one would have to demonstrate, if indeed it was consistent with the facts, that notwithstanding his or her position as a deemed senior member or official in the service of a government, that there was no complicity in the objectionable acts of that government. While consideration of a person being a danger to the public in Canada might also be included (although there are other provisions dealing specifically with such matters), surely complicity in the acts of the offending government is the most obvious consideration.

gouvernement somalien de Siad Barre, il est visé par l'alinéa 19(1.1)b) et devient donc non admissible au Canada sous le régime de l'alinéa 19(1)l), à moins que le ministre n'ait accepté de le soustraire à l'application de cet alinéa. La présence des mots «sauf si elles convainquent» dans le libellé de l'exception me laisse supposer que l'exception ministérielle doit précéder la décision de l'agent des visas. Comme le mari de l'intimée n'a pas demandé une exception ministérielle en temps opportun, il ne peut plus le faire.

[8] Il faut reconnaître que l'interprétation de ces alinéas est sans précédent. J'ai trouvé un appui à l'interprétation que j'ai adoptée dans *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Gill (H.K.)* (1991), 137 N.R. 373 (C.A.F.). Dans *Esse c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 46 (1^{re} inst.) (QL), le juge Rothstein (maintenant juge à la Cour d'appel) a fait des observations sur les alinéas en litige quand il a déclaré au paragraphe 11:

Sur ce point, il appert d'une lecture de l'alinéa 19(1)l) et du paragraphe 19(1.1) que l'objet de ces dispositions est d'éviter, dans la mesure du possible, que le Canada ne devienne un refuge pour les personnes qui se sont livrées à des actes de terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou à des crimes de guerre ou contre l'humanité. Le but des dispositions législatives est de considérer les membres supérieurs ou les fonctionnaires d'un gouvernement comme des personnes qui étaient en mesure d'influencer sensiblement l'exercice du pouvoir par leur gouvernement, de sorte qu'ils doivent être tenus responsables des actes répréhensibles de celui-ci. Les personnes occupant certains postes au sein d'un gouvernement sont présumées être des membres supérieurs de celui-ci ou des fonctionnaires supérieurs à son service à cette fin. C'est pour cette raison que le requérant, en qualité d'ambassadeur, a été considéré comme une personne visée par l'alinéa 19(1)l). Pour obtenir une exemption de la ministre, cette personne doit démontrer, dans la mesure où les faits le permettent, que malgré la position qu'elle occupait comme membre supérieur présumé d'un gouvernement ou fonctionnaire à son service, elle n'a nullement participé aux actes répréhensibles de celui-ci. Même si la question de savoir si cette personne constituait un danger pour le public au Canada peut aussi être examinée (bien qu'il existe d'autres dispositions portant spécifiquement sur ces aspects), la participation aux actes du gouvernement fautif constitue sans doute le facteur le plus important.*

* N.d.T. Dans la version anglaise de la disposition, le verbe convaincre est conjugué au passé («have satisfied»).

[9] I would answer the first question in the negative.

[10] In view of the answer I propose to give to the first question it is not necessary to answer the second one.

[11] I also agree that the Associate Chief Justice correctly determined that paragraph 19(1)(l) does not contain a rebuttable presumption and that the Board erred in deciding that it did. In view of my answer to the first question there is no need for any further elaboration. I would answer the third question in the negative.

[12] Before disposing of the matter I wish to add one further comment. Even upon my interpretation of the legislation, a person in the position of the respondent's husband is not necessarily foreclosed from gaining landing in Canada. In the present case, the visa officer found him to be inadmissible under paragraph 19(1)(l), and the Minister did not except him from the application of that paragraph. In my view, however, the Board ought to have invited argument with respect to whether special relief should be granted pursuant to paragraph 77(3)(b) before it finally disposed of the matter. It is apparent from the Board's decision that the subject of "humanitarian or compassionate considerations" was addressed but, because the Board was of the view that the respondent had "successfully rebutted the presumption raised" in paragraph 19(1)(l), it was found unnecessary to reach a conclusion with respect to the availability of relief under paragraph 77(3)(b). In my view, that omission should now be rectified.

[13] I would allow the appeal, answer

Question 1—No

Question 2—No answer required

Question 3—No

and remit the matter to the Board for reconsideration and redetermination of whether on the evidence that

[9] Je répondrais à la première question par la négative.

[10] Compte tenu de la réponse que je compte donner à la première question, il n'est pas nécessaire que je réponde à la deuxième.

[11] Je suis également d'avis que le juge en chef adjoint a correctement décidé que l'alinéa 19(1)l) ne contient pas de présomption réfutable et que la Commission a commis une erreur en jugeant qu'il en contenait une. Vu la réponse que je donne à la première question, il n'est pas nécessaire que j'élaboré davantage. Je répondrais à la troisième question par la négative.

[12] Avant de conclure mes motifs, je souhaite ajouter un dernier commentaire. Même avec l'interprétation que je donne à la loi, une personne qui se trouve dans la situation du mari de l'intimée n'est pas nécessairement empêchée d'obtenir le droit d'établissement au Canada. En l'espèce, l'agent des visas a jugé qu'il n'était pas admissible aux termes de l'alinéa 19(1)l), et le ministre ne l'a pas dispensé de l'application de cet alinéa. À mon avis, cependant, la Commission aurait dû demander qu'on lui présente des arguments quant à savoir si une mesure spéciale devrait être octroyée conformément à l'alinéa 77(3)b), avant qu'elle ne tranche définitivement l'affaire. Il est manifeste à la lecture de la décision de la Commission que le sujet des «raisons d'ordre humanitaire» a été abordé, mais comme la Commission était d'avis que l'intimée avait [TRADUCTION] «réfuté avec succès la présomption soulevée» à l'alinéa 19(1)l), elle a conclu qu'il n'était pas nécessaire de tirer une conclusion relativement à la disponibilité de la mesure prévue à l'alinéa 77(3)b). J'estime que cette omission devrait à présent être corrigée.

[13] Je suis d'avis d'accueillir l'appel, et de répondre

Question 1—Non

Question 2—Il n'est pas nécessaire de répondre

Question 3—Non

et de renvoyer l'affaire devant la Commission pour un nouvel examen et une nouvelle décision sur la

was before it, particularly the letter of the former United States Ambassador, “there exists compassionate or humanitarian considerations that warrant the granting of special relief” pursuant to paragraph 77(3)(b) of the Act.

EVANS J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[14] ISAAC J.A. (*dissenting* in part): I have read the reasons of my colleague Stone J.A. I note that my colleague Evans J.A. agrees with them. Regrettably, I am unable to reach the same conclusion. My reasons for disagreement follow.

[15] The disposition of this appeal turns on the true meaning to be given to paragraph 19(1)(l) and subsection 19(1.1) of the *Immigration Act* (the Act) that read as follows:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

. . .

(l) persons who are or were senior members of or senior officials in the service of a government that is or was, in the opinion of the Minister, engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations or war crimes or crimes against humanity within the meaning of subsection 7(3.76) of the *Criminal Code*, except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest.

. . .

(1.1) For the purposes of paragraph (1)(l), “senior members of or senior officials in the service of a government” means persons who, by virtue of the position they hold or have held, are or were able to exert a significant influence on the exercise of government power and, without limiting its generality, includes

- (a) heads of state or government;
- (b) members of the cabinet or governing council;
- (c) senior advisors to persons described in paragraph (a) or (b);
- (d) senior members of the public service;

question de savoir si compte tenu de la preuve dont elle disposait, notamment la lettre de l’ancien ambassadeur des États-Unis, il existe des «raisons d’ordre humanitaire justifiant l’octroi d’une mesure spéciale» conformément à l’alinéa 77(3)b) de la Loi.

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

* * *

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

[14] LE JUGE ISAAC, J.C.A. (*dissident* en partie): J’ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Stone, J.C.A. Je note que mon collègue le juge Evans, J.C.A. est d’accord avec lui. Malheureusement, je suis incapable de tirer la même conclusion. Les motifs de mon désaccord suivent.

[15] La décision relative au présent appel porte sur la vraie signification qui doit être donnée à l’alinéa 19(1)l) et au paragraphe 19(1.1) de la *Loi sur l’immigration* (la Loi) qui prévoient:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

[. . .]

l) celles qui, à un rang élevé, font ou ont fait partie ou sont ou ont été au service d’un gouvernement qui, de l’avis du ministre, se livre ou s’est livré au terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou à des crimes de guerre ou contre l’humanité, au sens du paragraphe 7(3.76) du *Code criminel*, sauf si elles convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national.

[. . .]

(1.1) Les personnes visées par l’alinéa (1)l) sont celles qui, du fait de leurs présentes ou anciennes fonctions, sont ou étaient en mesure d’influencer sensiblement l’exercice du pouvoir par leur gouvernement, notamment:

- a) le chef d’état ou le chef du gouvernement;
- b) les membres du cabinet ou du conseil exécutif;
- c) les principaux conseillers des personnes visées aux alinéas a) et b);
- d) les hauts fonctionnaires;

(e) senior members of the military and of the intelligence and internal security apparatus;

(f) ambassadors and senior diplomatic officials; and

(g) members of the judiciary.

e) les responsables des forces armées, des services de renseignement ou de la sécurité intérieure;

f) les ambassadeurs et les membres du service diplomatique de haut rang;

g) les juges.

[16] Before the Board, both parties were represented by counsel.

[16] Devant la Commission, les deux parties étaient représentées par des avocats.

[17] The reasons of the Board indicate that both parties agreed that paragraph 19(1)(f) of the Act raises a rebuttable presumption. This is how it was expressed:

[17] Les motifs de la Commission mentionnent que les deux parties ont admis que l'alinéa 19(1)f) de la Loi soulève une présomption réfutable. La Commission s'est exprimée ainsi:

It was common ground that the Respondent had some basis for reaching the conclusion above [that the applicant is inadmissible on the grounds that he fell within the class of persons described in paragraph 19(1)(f)], but that the invocation of section 19(1)(f) raises only a rebuttable presumption. It was therefore open to the appellant to adduce evidence to refute the conclusion the Respondent had reached.¹

[TRADUCTION] Il était entendu que l'intimé avait un fondement pour tirer la conclusion précédente [que le demandeur n'est pas admissible parce qu'il appartient à la catégorie des personnes décrites à l'alinéa 19(1)f)], mais que l'invocation de l'alinéa 19(1)f) ne soulève qu'une présomption réfutable. Il était donc loisible à l'appelante de présenter une preuve pour réfuter la conclusion que l'intimé avait tirée¹.

The Board went on to say that as a result of that agreement by counsel, the respective merits of cases decided after the decision of an adjudicator in *Sheik v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*² were not argued. Nonetheless, the Board considered that the issue warranted consideration.

La Commission a poursuivi en disant qu'en raison de cette entente entre les avocats, le bien-fondé respectif des affaires tranchées après la décision d'un arbitre dans *Sheik c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*² n'avait pas été soulevé. Quoi qu'il en soit, la Commission était d'avis que la question méritait d'être étudiée.

[18] The Board noted that there were conflicting decisions in the Appeal Division as to whether paragraph 19(1)(f) raised a rebuttable presumption. He then went on to say:

[18] La Commission a signalé qu'il existait des décisions contradictoires à la section d'appel sur la question de savoir si l'alinéa 19(1)f) soulevait une présomption réfutable. Elle a poursuivi en disant:

In the absence of any binding precedent to the contrary, this panel is comfortable with, and accepts, the position taken by appellant and respondent on the issue in this case.³

[TRADUCTION] En l'absence d'un précédent faisant autorité qui prévoirait le contraire, le présent tribunal accepte la position prise par l'appelante et l'intimé sur la question en l'espèce³.

The Board proceeded to analyse that position and to conclude as follows:

La Commission a procédé à l'analyse de ce point de vue et a conclu de la façon suivante:

In my view, the position adopted by the parties in this case is consistent with the thrust of the legislation, which puts into legalese the policy objectives set out in section 3(f),(g),(i) and (j) of the *Act*:

[TRADUCTION] À mon avis, le point de vue adopté par les parties dans la présente affaire est compatible avec l'orientation de la loi, qui énonce en jargon juridique les objectifs en matière de politique énoncés aux alinéas 3f), g), i) et j) de la *Loi*:

(f) to ensure that any person who seeks admission to Canada on either a permanent or temporary basis is

f) de garantir que les personnes sollicitant leur admission au Canada à titre permanent ou temporaire soient

subject to standards of admission that do not discriminate in a manner inconsistent with the Canadian Charter of Rights and Freedoms;

(g) to fulfil Canada's international legal obligations with respect to refugees and to uphold its humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted;

(i) to maintain and protect the health, safety and good order of Canadian society; and

(j) to promote international order and justice by denying the use of Canadian territory to persons who are likely to engage in criminal activity.

Sections 19(1)(l) and 19(1.1) makes it clear that *all* senior members and senior officials, who by virtue of holding positions from which they were able to exert significant influence on the exercise of government power, are inadmissible; but, for greater clarity and an aid in establishing proof, those enumerated in (a) to (g) are presumed to have held such positions where they are or were able to exert such influence.

It is up to them to show, by credible or trustworthy evidence, that they did not exert such presumed influence, failing which they will be found to be inadmissible, "except those persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest." [Emphasis in original].⁴

[19] The Board then proceeded to analyse the appeal based on humanitarian and compassionate grounds under paragraph 77(3)(b) of the Act. The Board concluded, after analysis, as follows:

No arguments were advanced with regard to an appeal based on paragraph 77(3)(b) "compassionate or humanitarian grounds". In view of that, and the concerns raised earlier, it is unnecessary to reach a conclusion on this second ground of appeal.⁵

[20] Having reviewed the *viva voce* and documentary evidence, the Board concluded that the refusal was not valid in law and the appeal was allowed pursuant to paragraph 77(3)(a) of the Act, in the following terms:

While the panel was not persuaded by the appellant's evidence with respect to the circumstances under which her husband departed Somalia, the panel finds the evidence of the former U.S. Ambassador very persuasive. He knew the

soumises à des critères excluant toute discrimination contraire à la Charte canadienne des droits et libertés;

g) de remplir, envers les réfugiés, les obligations imposées au Canada par le droit international et de continuer à faire honneur à la tradition humanitaire du pays à l'endroit des personnes déplacées ou persécutées;

i) de maintenir et de garantir la santé, la sécurité et l'ordre public au Canada;

j) de promouvoir l'ordre et la justice sur le plan international en n'acceptant pas sur le territoire canadien des personnes susceptibles de se livrer à des activités criminelles.

L'alinéa 19(1)l) et le paragraphe 19(1.1) exposent clairement que *toutes* les personnes qui, à un rang élevé, font ou ont fait partie ou sont ou ont été au service d'un gouvernement et qui, du fait de leurs fonctions, étaient en mesure d'influencer sensiblement l'exercice du pouvoir par leur gouvernement, ne sont pas admissibles; mais, pour plus de clarté et pour aider à établir la preuve, celles qui sont énumérées aux alinéas a) à g) sont présumées avoir occupé des postes où elles sont ou étaient en mesure d'exercer une telle influence.

Elles doivent démontrer, par une preuve crédible ou fiable, qu'elles n'ont pas exercé une telle influence présumée, à défaut de quoi elles seront jugées non admissibles, «sauf si elles convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national»⁴. [Souligné dans l'original].

[19] La Commission a alors procédé à l'analyse de l'appel interjeté au motif de raisons d'ordre humanitaire conformément à l'alinéa 77(3)b) de la Loi. La Commission a conclu, après analyse, de la façon suivante:

[TRADUCTION] Aucun argument n'a été présenté en ce qui concerne un appel fondé sur l'alinéa 77(3)b) «raisons d'ordre humanitaire». Compte tenu de ce fait et des réserves précédemment soulevées, il n'est pas nécessaire de parvenir à une conclusion relativement à ce deuxième motif d'appel⁵.

[20] Ayant pris connaissance des témoignages et de la preuve documentaire, la Commission a conclu que le refus n'était pas valable en droit et l'appel a été accueilli conformément à l'alinéa 77(3)a) de la Loi, dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Même si le tribunal n'est pas convaincu par la preuve présentée par l'appelante quant aux circonstances en vertu desquelles son mari a quitté la Somalie, le tribunal trouve que la preuve de l'ancien ambassadeur des

appellant's husband personally and had met with him. It was not simply hearsay, or rumour, or knowledge of his reputation that founded Mr. Crigler's evidence. The appellant presented no evidence to undermine Mr. Crigler's letter.

The panel is satisfied on the evidence, that the appellant has successfully rebutted the presumption raised in section 19(1)(l). The refusal is therefore not valid in law. Accordingly, the appeal pursuant to section 77(3)(a) is allowed.⁶

[21] The appellant applied to the Trial Division for judicial review of the decision of the Board. The appellant was represented by counsel but the respondent was unrepresented and did not personally attend at the hearing.

[22] The application came on for hearing before the Motions Judge in the Trial Division. Contrary to the position taken before the Board, the appellant, at the hearing before the Motions Judge, took the position that paragraph 19(1)(l) of the Act creates no rebuttable presumption and further, that the respondent's husband clearly falls within one of the paragraphs found in subsection 19(1.1).

[23] The learned Motions Judge [at paragraph 4], without any analysis, reached the following conclusion:

Under paragraph 19(1)(l) of the **Immigration Act** a person is inadmissible if he is considered to be:

(l) persons who are or were senior members of or senior officials in the service of a government that is or was, in the opinion of the Minister, engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations or war crimes or crimes against humanity within the meaning of s. 7(3.36) of the Criminal Code, except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest.

That person is deemed to be a senior member or senior official if he comes under the definition provided by paragraphs 19(1.1)(a-g):

(1.1) For the purposes of paragraph (1)(l), "senior members of or senior officials in the service of a government" means persons who, by virtue of the position they hold or have held, are or were able to exert a significant influence on the exercise of government power and, without limiting its generality, includes

(a) heads of state or government;

États-Unis est très convaincante. Ce dernier connaissait le mari de l'appelante personnellement et l'avait rencontré. La preuve de M. Crigler ne reposait pas simplement sur un ouï-dire, une rumeur, ou une connaissance de sa réputation. L'appelante n'a présenté aucune preuve pour discréditer la lettre de M. Crigler.

Le tribunal est convaincu vu la preuve que l'appelante a réussi à réfuter la présomption soulevée par l'alinéa 19(1)l). Le refus n'est donc pas valable en droit. Par conséquent, l'appel présenté aux termes de l'alinéa 77(3)a) est accueilli⁶.

[21] L'appelant a présenté une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission devant la Section de première instance. L'appelant était représenté par un avocat, mais l'intimée n'était pas représentée et n'a pas non plus assisté à l'audience.

[22] La demande a été entendue devant le juge des requêtes de la Section de première instance. Contrairement au point de vue adopté devant la Commission, l'appelant, à l'audience devant le juge des requêtes, a soutenu que l'alinéa 19(1)l) de la Loi ne crée pas de présomption réfutable et aussi, que le mari de l'intimée tombe manifestement sous le coup de l'un des alinéas du paragraphe 19(1.1).

[23] Le juge des requêtes [au paragraphe 4], sans analyse, en est arrivé à la conclusion suivante:

Aux termes de l'alinéa 19(1)l), sont personnes non admissibles:

l) celles qui, à un rang élevé, font ou ont fait partie ou sont ou ont été au service d'un gouvernement qui, de l'avis du ministre, se livre ou s'est livré au terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou à des crimes de guerre ou contre l'humanité, au sens de l'art. 7(3.76) du Code criminel, sauf si elles convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national.

L'intéressé est réputé occuper un rang élevé s'il relève de l'une des catégories visées à la définition du paragraphe 19(1.1), alinéas a) à g):

(1.1) Les personnes visées par l'alinéa (1)l) sont celles qui, du fait de leurs présentes ou anciennes fonctions, sont ou étaient en mesure d'influencer sensiblement l'exercice du pouvoir par leur gouvernement, notamment:

a) le chef d'État ou le chef du gouvernement;

- (b) members of the cabinet or governing council;
- (c) senior advisors to persons described in subs. (a) or (b);
- (d) senior members of the public service;
- (e) senior members of the military and of the intelligence and internal security apparatus;
- (f) ambassadors and senior diplomatic officials; and
- (g) members of the judiciary.

It is clear from the evidence presented that the respondent's husband was a member of the Barre cabinet and therefore falls within the provisions of s. 19(1)(l).

[24] The Motions Judge then proceeded to deal with the application as if the Board had concluded that the phrase "except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest" in paragraph 19(1)(l) of the Act did create a rebuttable presumption. In fact, the Board did not make any finding on this aspect of the case at all. A careful reading of the reasons of the Board demonstrates that it did not make any such finding.⁷

[25] The Motions Judge was evidently impressed by the letter upon which the Board had based its conclusion that the respondent had rebutted the presumption raised by paragraph 19(1)(l) and subsection 19(1.1) of the Act. He therefore dismissed the application and remitted the matter to be dealt with in accordance with his reasons. Subsequently, upon an application for reconsideration, the Motions Judge certified the three questions mentioned in my colleague's reasons, saying that by oversight he had omitted them from his formal order.

Analysis

[26] I agree with my colleagues as to the answers they are proposing to give to questions one and two. I do not agree with the answer proposed to be given to question three. These are my reasons.

[27] At paragraph 7 of his reasons, my colleague Stone J.A. remarks as follows:

- b) les membres du cabinet ou du conseil exécutif;
- c) les principaux conseillers des personnes visées aux alinéas a) et b);
- d) les hauts fonctionnaires;
- e) les responsables des forces armées, des services de renseignement ou de la sécurité intérieure;
- f) les ambassadeurs et les membres du service diplomatique de haut rang;
- g) les juges.

Il ressort des preuves produites que le mari de l'intimée était un membre du gouvernement Barre et que de ce fait, il tombe sous le coup de l'art. 19(1)l).

[24] Le juge des requêtes a alors traité la demande comme si la Commission avait conclu que le membre de phrase «sauf si elles convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national» à l'alinéa 19(1)l) de la Loi avait créé une présomption réfutable. En fait, la Commission n'a tiré aucune conclusion sur cet aspect de l'affaire. Une lecture attentive des motifs de la Commission montre qu'elle n'a pas tiré une telle conclusion⁷.

[25] Le juge des requêtes était évidemment impressionné par la lettre sur laquelle la Commission avait fondé sa conclusion selon laquelle l'intimée avait réfuté la présomption soulevée par l'alinéa 19(1)l) et le paragraphe 19(1.1) de la Loi. Il a donc rejeté la demande et a renvoyé l'affaire pour qu'elle soit traitée en conformité avec ses motifs. Par la suite, sur demande de réexamen, le juge des requêtes a certifié les trois questions mentionnées dans les motifs de mon collègue, disant que par inadvertance il les avait omises de son ordonnance formelle.

Analyse

[26] Je suis du même avis que mes collègues quant aux réponses qu'ils proposent de donner aux questions un et deux. Je ne suis pas d'accord avec la réponse proposée pour la troisième question, pour les motifs qui suivent.

[27] Au paragraphe 7 de ses motifs, mon collègue le juge Stone, J.C.A. fait la remarque suivante:

As I read the paragraphs in issue, once it is determined that the respondent's husband held the position of cabinet minister in the Somalian government of Siad Barre, he fell within paragraph 19(1.1)(b) and thereby became inadmissible to Canada under paragraph 19(1)(l) unless the Minister had excepted him from the application of that paragraph.

In reaching this conclusion, my colleague appears to have acceded to the position of appellant's counsel, stated in paragraph 6 of my colleague's reasons:

She maintains that upon a proper interpretation of the paragraph, once it appears that a person holds or has held one of the positions listed in paragraphs 19(1.1)(a) to (g), that person is automatically rendered inadmissible to Canada under paragraph 19(1)(l). [Emphasis added.]

[28] For ease of reference, I reproduce here the paragraphs in issue:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

...

(l) persons who are or were senior members of or senior officials in the service of a government that is or was, in the opinion of the Minister, engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations or war crimes or crimes against humanity within the meaning of subsection 7(3.76) of the *Criminal Code*, except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest.

...

(1.1) For the purposes of paragraph (1)(l), "senior members of or senior officials in the service of a government" means persons who, by virtue of the position they hold or have held, are or were able to exert a significant influence on the exercise of government power and, without limiting its generality, includes

- (a) heads of state or government;
- (b) members of the cabinet or governing council;
- (c) senior advisors to persons described in paragraph (a) or (b);
- (d) senior members of the public service;
- (e) senior members of the military and of the intelligence and internal security apparatus;
- (f) ambassadors and senior diplomatic officials; and

Selon l'interprétation que je fais des alinéas en litige, une fois qu'il est décidé que le mari de l'intimée a occupé le poste de ministre du cabinet dans le gouvernement somalien de Siad Barre, il est visé par l'alinéa 19(1.1)(b) et devient donc non admissible au Canada sous le régime de l'alinéa 19(1)(l), à moins que le ministre n'ait accepté de le soustraire à l'application de cet alinéa.

Pour parvenir à cette conclusion, mon collègue paraît avoir adhéré au point de vue de l'avocate de l'appellant, énoncé au paragraphe 6 des motifs de mon collègue:

Il [l'appellant] maintient que selon une interprétation juste de cet alinéa, une fois qu'il ressort qu'une personne exerce, ou a exercé, des fonctions énumérées aux alinéas 19(1.1)(a) à (g), cette personne devient automatiquement non admissible au Canada aux termes de l'alinéa 19(1)(l). [Non souligné dans l'original.]

[28] Par souci de commodité, je reproduis ici les paragraphes en litige:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

[. . .]

l) celles qui, à un rang élevé, font ou ont fait partie ou sont ou ont été au service d'un gouvernement qui, de l'avis du ministre, se livre ou s'est livré au terrorisme, de des violations graves ou répétées des droits de la personne ou à des crimes de guerre ou contre l'humanité, au sens du paragraphe 7(3.76) du *Code criminel*, sauf si elles convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national.

[. . .]

(1.1) Les personnes visées par l'alinéa (1)(l) sont celles qui, du fait de leurs présentes ou anciennes fonctions, sont ou étaient en mesure d'influencer sensiblement l'exercice du pouvoir par leur gouvernement, notamment:

- a) le chef d'État ou le chef du gouvernement;
- b) les membres du cabinet ou du conseil exécutif;
- c) les principaux conseillers des personnes visées aux alinéas a) et b);
- d) les hauts fonctionnaires;
- e) les responsables des forces armées, des services de renseignement ou de la sécurité intérieure;
- f) les ambassadeurs et les membres du service diplomatique de haut rang;

(g) members of the judiciary.

[29] My colleagues and the Motions Judge take the view that a listing in paragraphs (a) to (g) of subsection 19(1.1) automatically brings a person within the proscription in paragraph 19(1)(f). The Board disagreed, saying that it was not automatic, and I am of the same view. The issue turns on the construction of paragraph 19(1)(f).

[30] To my mind, the first question that arises in cases of this kind where the Motions Judge disagrees with the conclusion of an administrative tribunal is which standard of review did the Motions Judge employ. This much is clear from the teachings of *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*.⁸ Although that decision had not been released when the Motions Judge made the order in appeal, I am of the opinion that the principle it decides governs our approach to the issues raised in this appeal.

[31] It is trite that issues of legislative interpretation are issues of law. Consequently, there is, in my view, room for a reviewing Court to apply the standard of correctness, even though the issue of law decided by the tribunal did not involve issues of jurisdiction. The Motions Judge could therefore disagree with the Board's interpretation of paragraph 19(1)(f) and subsection 19(1.1) of the Act. We ourselves, in this Court, may in turn disagree with him if we consider that his interpretation did not give sufficient weight to all relevant considerations.⁹

[32] Since this appeal raises an issue of statutory interpretation, it might be useful to recall here the following passage, taken from *Driedger on the Construction of Statutes*:¹⁰

The modern rule. There is only one rule in modern interpretation, namely, courts are obliged to determine the meaning of legislation in its total context, having regard to the purpose of the legislation, the consequences of proposed interpretations, the presumptions and special rules of interpretation, as well as admissible external aids. In other

g) les juges.

[29] Mes collègues et le juge des requêtes sont d'avis qu'une inscription aux alinéas a) à g) du paragraphe 19(1.1) fait automatiquement tomber une personne sous le coup de l'interdiction mentionnée à l'alinéa 19(1)(f). La Commission n'était pas d'accord, disant que ce n'était pas automatique, et je suis du même avis. Le litige repose sur l'interprétation de l'alinéa 19(1)(f).

[30] À mon avis, la première question qui est soulevée dans un cas comme celui-ci où le juge des requêtes n'est pas d'accord avec la conclusion d'un tribunal administratif est de savoir quelle norme de contrôle le juge des requêtes a utilisée. C'est ce qui ressort clairement des préceptes de l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*.⁸ Bien que cet arrêt n'ait pas encore été rendu quand le juge des requêtes a rendu l'ordonnance ici contestée en appel, j'estime que le principe qu'il énonce régit notre démarche quant aux questions soulevées dans le présent appel.

[31] Il est de droit constant que les questions d'interprétation des lois sont des questions de droit. Par conséquent, je suis d'avis qu'une cour siégeant en contrôle judiciaire peut appliquer la norme de la décision correcte, même si la question de droit tranchée par le tribunal ne comportait pas de question de compétence. Le juge des requêtes pouvait donc être en désaccord avec l'interprétation que la Commission a faite de l'alinéa 19(1)(f) et du paragraphe 19(1.1) de la Loi. Notre Cour peut elle-même à son tour être en désaccord avec lui, si elle considère que son interprétation n'a pas accordé suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes.⁹

[32] Étant donné que le présent appel soulève une question d'interprétation des lois, il pourrait être utile de citer le passage suivant, tiré de *Driedger on the Construction of Statutes*:¹⁰

[TRADUCTION] **La règle moderne.** Il n'existe qu'une seule règle d'interprétation moderne: les tribunaux sont tenus d'interpréter un texte législatif dans son contexte global, en tenant compte de l'objet du texte en question, des conséquences des interprétations proposées, des présomptions et des règles spéciales d'interprétation, ainsi que des sources

words, the courts must consider and take into account all relevant and admissible indicators of legislative meaning. After taking these into account, the court must then adopt an interpretation that is appropriate. An appropriate interpretation is one that can be justified in terms of (a) its plausibility, that is, its compliance with the legislative text; (b) its efficacy, that is, its promotion of the legislative purpose; and (c) its acceptability, that is, the outcome is reasonable and just.

[33] One contextual feature is, of course, the object of the legislation, found in section 3 of the Act. It reads, in part:

3. It is hereby declared that Canadian immigration policy and the rules and regulations made under this Act shall be designed and administered in such a manner as to promote the domestic and international interests of Canada recognizing the need

...

(c) to facilitate the reunion in Canada of Canadian citizens and permanent residents with their close relatives from abroad;

...

(g) to fulfil Canada's international legal obligations with respect to refugees and to uphold its humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted.

The Act is indeed remedial legislation. As such, we are required to give the language such purposive interpretation as would attain its objects.

[34] The appeal to the Board was brought by the spouse of the applicant for landing who was his sponsor. It was brought pursuant to paragraph 77(3)(a) of the Act. Such appeals are regulated by the provisions of the Act and by the rules of the Appeal Division. The rules contemplate an adversarial proceeding in which *viva voce* testimony is led, and they require the panel member or members to whom the appeal is assigned to hear the evidence and argument and to decide the appeal.

[35] What is clear to me from reading subsections 19(1) and (1.1) of the Act is, first, that the definition of "senior member of or senior official in the service of a government" is not exhaustive. In the context of

acceptables d'aide extérieure. Autrement dit, les tribunaux doivent tenir compte de tous les indices pertinents et acceptables du sens d'un texte législatif. Cela fait, ils doivent ensuite adopter l'interprétation qui est appropriée. L'interprétation appropriée est celle qui peut être justifiée en raison a) de sa plausibilité, c'est-à-dire sa conformité avec le texte législatif; b) de son efficacité, dans le sens où elle favorise la réalisation de l'objet du texte législatif; et c) de son acceptabilité, dans le sens où le résultat est raisonnable et juste.

[33] Une caractéristique contextuelle est, évidemment, l'objet de la loi, figurant à l'article 3 de la Loi, qui prévoit notamment:

3. La politique canadienne d'immigration ainsi que les règles et règlements pris en vertu de la présente loi visent, dans leur conception et leur mise en œuvre, à promouvoir les intérêts du pays sur les plans intérieur et international et reconnaissent la nécessité :

[. . .]

c) de faciliter la réunion au Canada des citoyens canadiens et résidents permanents avec leurs proches parents de l'étranger;

[. . .]

g) de remplir, envers les réfugiés, les obligations imposées au Canada par le droit international et de continuer à faire honneur à la tradition humanitaire du pays à l'endroit des personnes déplacées ou persécutées.

Il s'agit en fait d'une loi rectificative. Nous sommes donc tenus de donner au libellé une interprétation propre à la réalisation de ses objectifs.

[34] L'appel a été interjeté devant la Commission par la femme du droit du demandeur d'établissement qui était son répondant. Il a été présenté aux termes de l'alinéa 77(3)a) de la Loi. Ces appels sont régis par les dispositions de la Loi et par les règles de la section d'appel. Les règles prévoient une procédure contradictoire au cours de laquelle il peut y avoir des témoignages présentés de vive voix, et elles exigent que le ou les membres du tribunal devant qui l'appel est présenté entendent la preuve et les arguments et tranchent l'appel.

[35] Il est clair pour moi à la lecture des paragraphes 19(1) et (1.1) de la Loi que, premièrement, la définition des personnes qui «à un rang élevé, font ou ont fait partie ou sont ou ont été au service d'un gouver-

a hearing, this must mean that to succeed, the Minister must show that a person not listed in subsection 19(1.1) (a) held a position, and (b) by virtue of that position was able to exert a significant influence on the exercise of government power. On the assumption that the Minister leads evidence which, if unanswered, could lead a reasonable panel or panel member to conclude that the person did in fact hold the position and by virtue of it did exert the requisite degree of influence, the adversarial process would require the person to lead evidence to tip the balance in his or her favour, in order to avoid classification under paragraph 19(1)(l). Indeed, I did put such a case to counsel for the Minister in argument and, for what it is worth, she agreed. But she denied that this was so in relation to persons whose occupations are listed in paragraphs 19(1.1)(a) to (g). Why this was so she did not say, and I myself have some difficulty understanding the distinction. Such an interpretation would be inconsistent with the fairness provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter) and contrary to the stated purpose and objectives of the Act. It is my view that an interpretation which allows all persons whose sponsorship applications have been refused under paragraph 19(1)(l) and subsection 19(1.1) of the Act to lead evidence which, if believed, will negate classification under paragraph 19(1)(l) of the Act is more consistent with notions of fairness which underlie both the Charter and the stated objectives of the Act.

[36] Take the case of an ambassador who has been posted abroad during the time when the government mentioned in paragraph 19(1)(l) is alleged to have committed crimes mentioned therein; should that person not be able to show, if he or she can, that he or she exerted no significant influence on the exercise of government power? Or, take the case of members of the judiciary who are not members of the govern-

nement» n'est pas exhaustive. Dans le cadre d'une audience, il faut que cela signifie que, pour réussir, le ministre doit démontrer qu'une personne qui ne figure pas sur la liste au paragraphe 19(1.1), a) occupe un poste, et b) en raison de ce poste pouvait être en mesure d'influencer sensiblement l'exercice du pouvoir par son gouvernement. Si on supposait, par hypothèse, que le ministre présente une preuve qui, si elle demeurerait irréfutée, pourrait amener un tribunal raisonnable ou le membre d'un tribunal à conclure que la personne a vraiment occupé le poste et qu'en raison de ce poste elle était en mesure d'exercer le degré d'influence nécessaire, la procédure contradictoire exigerait que la personne présente une preuve qui fasse pencher la balance en sa faveur, afin de ne pas tomber sous le régime de l'alinéa 19(1)(l). En fait, j'ai présenté cette hypothèse à l'avocate du ministre lors de l'argumentation et, sans qu'elle lui ait attribué plus de valeur qu'elle n'en a, elle était d'accord. Elle a toutefois nié que cela s'appliquait aux personnes visées par les alinéas 19(1.1)a) à g). Elle n'a pas dit pourquoi, et j'ai moi-même de la difficulté à comprendre la distinction. Une telle interprétation serait incompatible avec les dispositions d'équité de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte) et en contravention du but et des objectifs énoncés par la Loi. J'estime qu'une interprétation qui permet à toutes les personnes dont les demandes de parrainage ont été rejetées aux termes de l'alinéa 19(1)(l) et du paragraphe 19(1.1) de la Loi de présenter une preuve qui, si on y prête foi, annulera la classification dans la catégorie non admissible prévue par l'alinéa 19(1)(l) de la Loi est plus compatible avec des notions d'équité sous-jacentes à la Charte et aux objectifs énoncés par la Loi.

[36] Prenons le cas d'un ambassadeur qui a été affecté à l'étranger du temps où le gouvernement mentionné à l'alinéa 19(1)(l) est réputé avoir commis des crimes mentionnés à cet alinéa; ne devrait-on pas permettre à cette personne de démontrer, si elle le peut, qu'elle n'a pas influencé de façon significative l'exercice du pouvoir gouvernemental? Ou prenons le cas des juges, qui ne font pas partie du gouvernement

ment in the traditional sense; are such persons automatically barred from entering Canada simply because their occupation is listed in subsection 19(1.1) of the Act? In my respectful view, there is nothing in our experience or in our tradition which mandates such an interpretation. It seems to me more consistent with the objects of the Act and with our constitutional norms to interpret the subsections as allowing persons to adduce evidence that, if believed, would avoid a paragraph 19(1)(l) classification.

[37] This is what occurred in this case. The respondent adduced evidence before the Board. The Board believed it and found that the refusal was not valid and allowed the appeal. Whether one characterizes subsection 19(1.1) as creating a rebuttable presumption or as requiring the Minister to show a *prima facie* case is of no moment. In either case, the person whose admission was refused must lead evidence which, if believed, would lead to the conclusion which the Board reached in this case. Such an interpretation would make it unnecessary to have recourse to an application under paragraph 77(3)(b) of the Act.

[38] Before leaving this appeal, I wish to make an observation concerning the merits of the case, a matter which appears to have troubled everyone who has considered it. The record discloses that the applicant for landing and his family have been separated for many years. His spouse and seven children live in Canada and have been granted citizenship. The applicant for landing himself resides in Trondheim, Norway. These proceedings arose when his wife applied to sponsor his application for permanent residence status. In my respectful view, these circumstances and the stated object of the Act to “facilitate the reunion in Canada of Canadian citizens and permanent residents with their close relatives from abroad”¹¹ require that this case be considered with greater care than the reasons of the Motions Judge appear to me to suggest. This is especially so because the applicant for landing is no doubt seeking to become a permanent resident in Canada in order to discharge his responsibilities to his family.

au sens traditionnel; sont-ils automatiquement empêchés d’entrer au Canada simplement parce que leurs fonctions sont celles d’une personne énumérée au paragraphe 19(1.1) de la Loi? Je crois respectueusement que rien dans notre expérience ni dans notre tradition ne commande une telle interprétation. Il me semble plus compatible avec les objectifs de la Loi et avec nos normes constitutionnelles d’interpréter les paragraphes en question comme permettant aux personnes de produire une preuve qui, si on y prête foi, leur éviterait de tomber sous le coup de l’alinéa 19(1)(l).

[37] C’est ce qui s’est produit dans la présente affaire. L’intimée a présenté une preuve devant la Commission. Celle-ci y a prêté foi et a conclu que le refus n’était pas valable et a accueilli l’appel. Il est sans importance que l’on dise que le paragraphe 19(1.1) crée une présomption réfutable ou qu’il exige que le ministre fasse une preuve *prima facie*. Dans les deux cas, la personne dont l’admission a été refusée doit présenter une preuve qui, si on y prête foi, mènerait à la conclusion tirée par la Commission en l’espèce. Une telle interprétation ferait en sorte qu’il ne serait pas nécessaire d’avoir recours à une demande fondée sur l’alinéa 77(3)(b) de la Loi.

[38] Avant de terminer le présent appel, je souhaite faire une observation concernant le bien-fondé de l’affaire, qui paraît avoir troublé tous ceux qui l’ont pris en considération. Le dossier montre que le demandeur du droit d’établissement et sa famille ont été séparés pendant de nombreuses années. Sa femme et ses sept enfants vivent au Canada et y ont obtenu la citoyenneté. Le demandeur du droit d’établissement lui-même habite à Trondheim en Norvège. La présente affaire a débuté quand sa femme a cherché à parrainer sa demande de statut de résident permanent. En toute déférence, j’estime que ces circonstances et l’objet explicite de la Loi, de «faciliter la réunion au Canada des citoyens canadiens et résidents permanents avec leurs proches parents de l’étranger»¹¹, exigent que la présente affaire soit considérée avec plus d’attention que ne le laissent entendre, à mon avis, les motifs du juge des requêtes. Et ce, particulièrement parce qu’il n’y a aucun doute que le demandeur du droit d’établissement cherche à devenir résident permanent au

[39] For these reasons I would allow the appeal in part, set aside the order of the Motions Judge and reinstate the order made by the Appeal Division.

¹ (1996), 36 Imm. L.R. (2d) 155 (I.A.D.), at p. 157.

² July 17, 1995, A. M. Micillo (Adj.).

³ *Supra*, note 1, at p. 158.

⁴ *Ibid.*, at pp. 160-161.

⁵ *Ibid.*, at p. 167.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*, at p. 158.

⁸ [1998] 1 S.C.R. 982.

⁹ *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, at para. 20.

¹⁰ 3rd ed. by Ruth Sullivan (Toronto: Butterworths, 1993), at p. 131.

¹¹ S. 3(c) of the Act.

Canada afin de s'acquitter de ses responsabilités envers sa famille.

[39] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel en partie, j'annulerais l'ordonnance du juge des requêtes et je rétablirais l'ordonnance rendue par la section d'appel.

¹ (1996), 36 Imm. L.R. (2d) 155 (S.A.I.), à la p. 157.

² 17 juillet 1995, A. M. Micillo (Arb.).

³ Précité, note 1, à la p. 158.

⁴ *Ibid.*, aux p. 160 et 161.

⁵ *Ibid.*, à la p. 167.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*, à la p. 158.

⁸ [1998] 1 R.C.S. 982.

⁹ *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394, au par. 20.

¹⁰ 3^e éd. par Ruth Sullivan (Toronto: Butterworths, 1993), à la p. 131.

¹¹ L'art. 3c) de la Loi.

	IMM-2639-99		IMM-2639-99
Greer Shipping Ltd. (Applicant)		Greer Shipping Ltd. (demanderesse)	
v.		c.	
The Minister of Citizenship and Immigration (Respondent)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (défendeur)	
	IMM-3997-99		IMM-3997-99
Colley Motorships West Ltd. (Applicant)		Colley Motorships West Ltd. (demanderesse)	
v.		c.	
The Minister of Citizenship and Immigration (Respondent)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (défendeur)	
	IMM-3998-99		IMM-3998-99
Colley Motorships West Ltd. (Applicant)		Colley Motorships West Ltd. (demanderesse)	
v.		c.	
The Minister of Citizenship and Immigration (Respondent)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (défendeur)	

INDEXED AS: GREER SHIPPING LTD. v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)

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

Trial Division, Dawson J.—Vancouver, August 1, 2000; Toronto, January 29, 2001.

Section de première instance, juge Dawson—Vancouver, 1^{er} août 2000; Toronto, 29 janvier 2001.

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Standard of review — Judicial review of decision to recover from applicant, which provides services to shipping industry, costs of removing deserting crew member under Immigration Act, s. 85(3) imposing liability on transportation company for costs of removal of illegal entrant — As no reasons given as to how determination made applicant “transportation company”, impossible to characterize possible error as one of law, fact, or mixed fact and law — Governing legal principles ascertained before determining whether decision could withstand review on standard of reasonableness simpliciter — Applicant not objecting in 1992 when notified Immigration Canada would be looking to it for payment of removal costs — Delay in removal due to crew member’s actions — Unable to calculate removal costs prior to actual removal — Applicant not objecting when informed of estimated removal costs — Given applicant’s inaction, delay, process followed not breach of procedural fairness.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Norme de contrôle — Contrôle judiciaire d’une décision visant à recouvrer de la demanderesse, qui fournit des services à l’industrie du transport maritime, les frais de renvoi d’un marin déserteur conformément à l’art. 85(3) de la Loi sur l’immigration, qui prévoit que le transporteur qui a amené une personne au Canada peut être tenu responsable des frais de renvoi si cette personne y est entrée illégalement — Comme aucun motif n’a été exposé pour expliquer comment on en était venu à la conclusion que la demanderesse était un «transporteur», il était impossible de déterminer s’il y a eu une quelconque erreur de droit, de fait ou à la fois de droit et de fait — Il a été nécessaire de déterminer les principes juridiques qu’il convenait d’appliquer avant de trancher la question de savoir si la décision pouvait résister à un examen fondé sur la norme de la décision raisonnable simpliciter — La demanderesse ne s’est pas opposée en 1992 quand elle a été avisée que le ministre de l’Immigration chercherait à se faire rembourser par elle les frais de renvoi — Le retard a été suscité par les actions du membre d’équipage — Il était impossible de calculer les frais de renvoi avant que celui-ci n’ait lieu —

Agency — Judicial review of decision to recover from applicant costs of removal of crew member who had deserted ship to which applicant provided services — Immigration Act, s. 85(3) imposing liability on transportation company for costs of removal of person brought to Canada if person not granted admission and at time of arrival not in possession of valid visa — “Transportation company” defined as person, including agent, carrying or providing for transportation of persons or goods — F.C.A. holding definition applies to all companies transporting, providing for transportation of persons, goods, whether or not such transportation company’s primary business purpose — Owner/operator of ship bringing crew member to Canada “transportation company” — Having regard to purpose of Part V of Act, more restrictive language in French version, “agent” extending only to true legal agent — As to nature of applicant’s relationship, neither appointment to act in respect of vessel nor language used by parties determinative — Applicant having express authority to act on behalf of principal; representing vessel, principal to outsiders; could have acquired rights for principal and subjected it to liabilities by signing bills of lading — General definition of “agency” satisfied — While role narrowly circumscribed, not unreasonable to determine central criteria of agency relationship satisfied.

Construction of statutes — Immigration Act, s. 2(1) definition of “transportation company” — Under s. 85(3) transportation company liable for costs of removal of person brought to Canada if person not granted admission and at time of arrival not in possession of valid visa — Judicial review of decision to recover from applicant costs of removing deserting crew member — “Transportation company” defined as person, including agent, carrying or providing for transportation of persons — Definition amended February 1, 1993 to add those who provide for transportation of goods — Crew member entering Canada in 1992, removed in 1998 — (1) Which definition applies depending on interpretation of amending legislation, s. 119 providing financial liability under any provision amended by this Act arising from acts done before coming into force of amendment determined as though amendment not in force — S. 87(3), trigger for applicant’s financial liability, not

La demanderesse ne s’est pas opposée lorsqu’elle a été avisée de l’estimation des frais de renvoi — Compte tenu de l’inaction de la demanderesse, le retard, ou le processus qui a été suivi, ne constituait pas une quelconque violation de l’obligation de respecter l’équité procédurale.

Mandat — Contrôle judiciaire d’une décision visant à recouvrer de la demanderesse les frais de renvoi d’un marin qui avait déserté le navire à l’égard duquel elle fournissait des services — L’art. 85(3) de la Loi sur l’immigration prévoit que le transporteur qui a amené une personne au Canada peut être tenu responsable des frais qu’occasionne le renvoi de cette personne si cette dernière n’a pas obtenu le droit d’être admise au pays et n’était pas, au moment de son arrivée au Canada, en possession d’un visa valide — Le terme «transporteur» désigne les personnes, y compris leurs mandataires, qui transportent ou font transporter des personnes ou des marchandises — La Cour d’appel fédérale a conclu que la définition s’appliquait à toutes les entreprises qui assurent un service de transport de voyageurs ou marchandises ou fournissent un tel service, que leur activité principale fasse intervenir ou non le transport en location de voyageurs ou marchandises — Le propriétaire/exploitant du navire qui a amené le marin au Canada était un «transporteur» — Pour ce qui est de l’objectif de la partie V de la Loi, en raison du sens plus restrictif de la version française, «mandataire» s’étend seulement au véritable mandataire au sens juridique du terme — En ce qui concerne la nature des relations de la demanderesse, ni les nominations en vue d’agir à l’égard du navire ni le libellé utilisé par les parties n’ont été déterminants — La demanderesse avait exprimé son pouvoir d’agir pour le compte du commettant, elle représentait le navire et le principal devant des tiers, et elle aurait pu acquérir des droits pour le compte de son commettant de même que lui imposer des responsabilités en signant des connaissements — Il a été satisfait à la définition générale de «mandataire» — Bien que le rôle de la demanderesse ait été strictement défini, il n’était pas déraisonnable de conclure qu’il avait été satisfait aux principaux critères de la relation de mandataire.

Interprétation des lois — L’art. 2(1) de la Loi sur l’immigration donne la définition de «transporteur» — En vertu de l’art. 85(3), le transporteur qui a amené une personne au Canada peut être tenu responsable des frais qu’occasionne le renvoi de cette personne si cette dernière n’a pas obtenu le droit d’être admise au pays et n’était pas, au moment de son arrivée au Canada, en possession d’un visa valide — Contrôle judiciaire d’une décision visant à recouvrer de la demanderesse les frais de renvoi d’un marin déserteur — Le terme «transporteur» désignait les personnes, y compris leurs mandataires, qui transportent ou font transporter des personnes — La définition a été modifiée le 1^{er} février 1993 afin d’y ajouter les personnes qui font transporter des marchandises — Le marin est entré au Canada en 1992 et a été renvoyé en 1998 — 1) La question de savoir quelle définition s’applique dépend de l’interprétation de la mesure législative modificative, l’art. 119 prévoyant que l’obligation

amended by amending legislation — S. 86 imposing liability for all removal costs of deserting crew member; s. 87(1) providing for notification of obligation — As ss. 86, 87(1) amended, applicant's financial liability attaching under amended provision — Liability arose from acts done before February 1, 1993 i.e. entry into Canada as crew member, subsequent loss of visitor's status — Pursuant to s. 119, liability determined under prior definition of "transportation company" not referring to goods — (2) As to meaning of "agent" in definition, ordinary principles of interpretation applied to construction of bilingual legislation — Must determine legislature's intention in light of statute's purpose, context in which enacted, other interpretive strategies — Having regard to purpose of Part V (transfer removal costs to discourage transportation companies from bringing illegal entrants into country), more restrictive meaning in French version of definition of "transportation company" best according therewith — Requiring "agent" to be true agent in legal sense putting logical, practical limit on definition of transportation company — (3) Unjust, unreasonable results viewed as absurd, unintended — Imposition of liability on entity with only casual connection to vessel would have unreasonable results.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Removal of visitors — Judicial review of decision to recover from applicant, service provider to shipping industry, costs of removal of deserting crew member — Immigration Act, s. 85(3) imposing liability on transportation company for costs of removal of person brought to Canada if person not granted admission and not in possession of valid visa — Definition of "transportation company" (person, including agent, providing for transportation of persons), amended February 1, 1993 to add those providing for transportation of goods — Pursuant to amending legislation, s. 119 applicant's liability determined under pre-1993 definition of transportation company — Owner/operator of ship carrying crew member "transportation company" — "Agent" as used in definition contemplating agent in formal legal sense looking at purpose of Part V, French version of definition — Not unreasonable for Minister to determine central criteria for agency found in authorities satisfied herein.

financière aux termes d'une disposition modifiée par la présente loi, découlant d'actes commis avant l'entrée en vigueur de la modification, est déterminée comme si celle-ci n'était pas en vigueur — La responsabilité financière de la demanderesse découlait de l'art. 87(3), qui n'a pas été modifié par la loi modificative — L'art. 86 prévoit cette responsabilité dans le cas de tous les frais de renvois d'un marin déserteur; l'art. 87(1) prévoit la notification de l'obligation — Comme les art. 86 et 87(1) ont été modifiés, la responsabilité financière de la demanderesse découlerait d'une disposition modifiée — La responsabilité découlait de faits commis avant le 1^{er} février 1993, c'est-à-dire l'entrée au Canada en tant que marin et la perte subséquente du statut de visiteur — Conformément à l'art. 119, la responsabilité est déterminée en vertu de l'ancienne définition de «transporteur» qui ne mentionnait pas les marchandises — 2) Quant au sens du mot «mandataire» figurant dans la définition, les principes ordinaires d'interprétation s'appliquent pour interpréter les lois bilingues — Il faut déterminer l'intention du législateur à la lumière de l'objectif de la loi, du contexte dans lequel elle a été adoptée et d'autres stratégies d'interprétation — Pour ce qui est de l'objectif de la partie V de la Loi (transfert des frais de renvoi aux transporteurs pour les décourager d'amener des passagers clandestins au pays), le sens plus restrictif qui se reflète dans la version française de la définition de «transporteur» est plus conforme en l'espèce — Exiger qu'un «agent» soit un véritable mandataire au sens juridique du terme impose une limite logique et pratique à la définition du transporteur — 3) Les résultats injustes ou déraisonnables sont considérés comme étant absurdes et non voulus — Imposer une responsabilité à une entité qui n'entretient qu'un lien occasionnel avec un navire aurait des résultats déraisonnables.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de visiteurs — Contrôle judiciaire d'une décision visant à recouvrer de la demanderesse, qui fournit des services à l'industrie du transport maritime, les frais de renvoi d'un marin déserteur — L'art. 85(3) de la Loi sur l'immigration prévoit que le transporteur qui a amené une personne au Canada peut être tenu responsable des frais qu'occasionne le renvoi de cette personne si cette dernière n'a pas obtenu le droit d'être admise au pays et n'était pas, au moment de son arrivée au Canada, en possession d'un visa valide — La définition de «transporteur» (les personnes, y compris leurs mandataires, qui font transporter des personnes), a été modifiée le 1^{er} février 1993 afin d'y ajouter les personnes qui font transporter des marchandises — Conformément à la loi modificative, l'obligation de la demanderesse prévue à l'art. 119 est déterminée en vertu de la définition de transporteur antérieure à 1993 — Le propriétaire/exploitant du navire qui a amené le marin au Canada était un «transporteur» — Le terme «mandataire» utilisé dans la définition envisage le mandataire au sens juridique du terme visant l'objectif de la partie V de la Loi et de la définition figurant dans la version française — Le

Crown — Creditors and debtors — Debts to the Crown — Set-off — Judicial review of decision to recover by way of set-off from applicant's GST refund account costs of removing crew member who had deserted ship to which applicant provided services — Financial Administration Act, s. 155 providing where any person indebted to federal Crown, Minister responsible for amount of indebtedness may authorize retention of amount of indebtedness by way of set-off against any sum of money payable by Crown to person — Interpretation Act, s. 24(2)(d) providing words empowering minister of Crown to do act include person appointed to serve in capacity appropriate to doing of act — Nothing in Immigration Act, Financial Administration Act ousting application of this provision — Minister not required to be personally involved in decision to set-off sum.

These applications for judicial review, of which only one remained contested at the time of hearing, raised the issue as to what is a "transportation company" in the context of *Immigration Act*, subsection 85(3) which imposes liability upon transportation companies for the removal costs of persons they bring to Canada who lack valid visas and are denied admission upon arrival. Greer Shipping Ltd. is a British Columbia corporation which provides various services to the shipping industry but does not own, operate or charter any vessels. In 1992 Greer agreed to provide services in respect of a number of vessels, including the *M/V Trade Carrier*, fixed to load wheat on Canada's West Coast. Greer sought express instructions before incurring overtime expenses, was given specific authority to sign bills of lading with specific direction on their contents, and sought specific instructions from the principal as to bill of lading release instructions. In correspondence, the Master of the vessel referred to Greer as "charterer's agent". Greer provided the following services: clearing the vessel into Canada, by preparing and submitting customs documents, and by submitting a crew list and a health certificate; arranging for inbound and outbound pilots; arranging for tugs and line handlers; arranging for launch services to and from the vessel; liaising with providers of cargo, designating and arranging for a berth to load the vessel, loading cargo into the vessel; arranging for garbage collection; arranging for a telephone set-up; arranging for a survey; and arranging for the payment of harbour dues, berthage charges, Chamber of Shipping Assessment, clearance charges, crew expenses, including medical, transportation and communication. The Crew Index form published by the Minister of Employment and Immigration identified Greer as the "agent" of the ship.

ministre n'a pas pris une décision déraisonnable en concluant qu'il avait été satisfait aux principaux critères de la relation de mandataire dans la présente affaire.

Couronne — Créanciers et débiteurs — Dettes envers la Couronne — Compensation — Contrôle judiciaire d'une décision visant à recouvrer par voie de compensation du compte de remboursement de TPS les frais de renvoi d'un marin qui avait déserté le navire à l'égard duquel la demanderesse fournissait des services — L'art. 155 de la Loi sur la gestion des finances publiques prévoit que le ministre compétent responsable du recouvrement d'une créance de Sa Majesté du chef du Canada peut autoriser, par voie de compensation, la retenue d'un montant égal à la créance sur toute somme due au débiteur par Sa Majesté du chef du Canada — L'art. 24(2)(d) de la Loi d'interprétation prévoit que la mention d'un ministre dans le cadre de ses attributions vaut mention de toute personne ayant la compétence voulue — Ni la Loi sur l'immigration ni la Loi sur la gestion des finances publiques n'élimine l'application de cette disposition — Le ministre n'était pas tenu de prendre personnellement part à la décision d'obtenir une compensation.

Les présentes demandes de contrôle judiciaire, dont une seule restait contestée au moment de l'audition, soulevaient la question de savoir ce qu'est un «transporteur» dans le contexte du paragraphe 85(3) de la *Loi sur l'immigration*, qui prévoit que le transporteur qui a amené une personne au Canada peut être tenu responsable des frais qu'occasionne le renvoi de cette personne si cette dernière n'a pas obtenu le droit d'être admise au pays et n'était pas, au moment de son arrivée au Canada, en possession d'un visa valide. Greer Shipping Ltd. est une société de la Colombie-Britannique qui fournit divers services à l'industrie du transport maritime, mais qui ne possède, ni n'exploite, ni n'affrète aucun navire. En 1992, Greer a convenu de fournir des services à l'égard d'un certain nombre de navires, dont le *MS Trade Carrier*, qui devaient charger du blé sur la côte ouest du Canada. Greer a demandé des directives précises avant d'engager des dépenses sur le plan du temps supplémentaire, elle a reçu une autorisation expresse de signer des connaissements de même que des directives précises au sujet du contenu de tels connaissements, et elle a demandé des directives précises du commettant en matière de délivrance des connaissements. Dans la correspondance, le commandant du navire identifiait Greer comme étant «le mandataire de l'affrèteur». Greer a fourni les services suivants: permettre l'admission du navire au Canada en préparant et soumettant des documents de douane, et en produisant un rôle d'équipage et un certificat de santé; prendre des dispositions en vue d'obtenir des pilotes pour entrer au Canada et en sortir; prendre des dispositions en vue d'obtenir des remorqueurs et des manœuvres de câbles; prendre des dispositions en vue d'obtenir des services de lancement vers le navire et en provenance de celui-ci; assurer la liaison avec les fournisseurs de la cargaison du navire, désigner un emplacement de chargement du navire et prendre des dispositions pour

On July 28, 1992, the day after the vessel departed Vancouver, Greer advised its principal that six crew members were not on board. The vessel remained in Canadian waters until August 1, 1992, but Employment and Immigration Canada took no steps to detain the vessel. One of the deserting crew members, Mr. Nizam, remained in Canada without authorization and a warrant was issued for his arrest. In 1992 "transportation company" was defined as a person or group of persons, including any agent thereof "carrying or providing for the transportation of persons". On February 1, 1993 the definition was amended by adding those who transport or provide for the transportation of goods. In September, 1992 Employment and Immigration Canada requested from Greer a deposit of \$5,000 to cover Nizam's detention and deportation costs. The deposit was never received. Nizam unsuccessfully claimed refugee status, but it was not until 1997 that a previously issued conditional departure order became a deemed deportation order. In 1998 immigration authorities advised Greer of the estimated removal costs. Greer advised the authorities that it would not be making arrangements to convey Nizam from Canada. Nizam was removed and Citizenship and Immigration submitted monthly statements to Greer showing \$10,640.56 as owing.

Financial Administration Act, section 155 provides that where any person is indebted to Her Majesty in right of Canada, the Minister responsible for the collection of the amount of indebtedness may authorize the retention of the amount of the indebtedness by way of set-off against any sum of money that may be payable by Her Majesty in right of Canada to the person. Citizenship and Immigration later recovered the indebtedness from Greer's GST refund account. The declaration in support of set-off was signed by the Director, Accounting Operations. *Interpretation Act*, paragraph 24(2)(d) provides that words empowering a minister of the Crown to do an act include a person appointed to serve in a capacity appropriate to the doing of the act.

The issues were: (1) what was the appropriate standard of judicial review; (2) which definition of "transportation company" governed the judicial review application; (3) whether Greer was an agent of a transportation company; (4)

l'obtenir, de même que charger la cargaison dans le navire; prendre des dispositions en vue de la cueillette des ordures; prendre des dispositions pour que le navire soit doté d'un service téléphonique; prendre des dispositions en matière d'inspection; prendre des dispositions en vue de payer les droits de port, les droits de stationnement, les cotisations à la Chamber of Shipping, le permis de circulation, et les dépenses liées à l'équipage, notamment sur les plans médical, du transport, et des communications. La fiche de marin publiée par le ministre de l'Emploi et de l'Immigration mentionnait que Greer était le «mandataire» du navire.

Le 28 juillet 1992, soit le lendemain du départ du navire de Vancouver, Greer a avisé son commettant qu'il manquait six membres d'équipage. Le navire est demeuré dans les eaux canadiennes jusqu'au 1^{er} août 1992, mais Emploi et Immigration Canada n'a pris aucune mesure afin d'arrêter le navire. Un des marins déserteurs, M. Nizam, est demeuré au Canada sans autorisation et un mandat d'arrestation a été délivré à son égard. En 1992, «transporteur» désignait les personnes ou groupes de personnes, y compris leurs mandataires «qui transportent ou font transporter des personnes». Le 1^{er} février 1993, la définition a été modifiée en ajoutant ceux qui assurent un service de transport ou qui exploitent ou fournissent un service de transport de marchandises. En septembre 1992, le ministère de l'Emploi et de l'Immigration a demandé à Greer un dépôt de 5 000 \$ pour couvrir les frais de détention et d'expulsion de Nizam. Le Ministère n'a jamais reçu le dépôt. Nizam a revendiqué sans succès le statut de réfugié, mais ce n'est qu'en 1997 qu'une mesure d'interdiction de séjour conditionnelle qui avait été prise contre lui est alors devenue une mesure d'expulsion. En 1998, les autorités de l'Immigration ont informé Greer d'une estimation des frais de renvoi. Greer a avisé les autorités qu'elle ne prendrait pas de dispositions en ce qui concernait le transport de Nizam à destination. Nizam a été renvoyé du pays, et Citoyenneté et Immigration Canada a transmis à Greer des relevés mensuels qui s'élevaient à 10 640,56 \$.

L'article 155 de la *Loi sur la gestion des finances publiques* prévoit que le ministre compétent responsable du recouvrement d'une créance de Sa Majesté du chef du Canada peut autoriser, par voie de compensation, la retenue d'un montant égal à la créance sur toute somme due au débiteur par Sa Majesté du chef du Canada. Citoyenneté et Immigration a plus tard recouvré la somme due, qui provenait du compte de remboursement de TPS de Greer. La déclaration produite pour étayer la demande de compensation a été signée par le directeur des opérations comptables. L'alinéa 24(2)d) de la *Loi d'interprétation* prévoit que la mention d'un ministre dans le cadre de ses attributions vaut mention de toute personne ayant la compétence voulue.

Voici les questions litigieuses: 1) qu'elle était la norme appropriée de contrôle judiciaire; 2) quelle est la définition de «transporteur» qui s'appliquait à la demande de contrôle judiciaire; 3) Greer était-elle le mandataire d'un transpor-

whether there was any breach of procedural fairness due to delay or lack of disclosure; and (5) whether the monies allegedly owing by Greer were properly set-off.

Held, the application should be dismissed.

(1) As no reasons were given as to how the determination was made that Greer was a "transportation company", it was not possible to determine whether any error was caused by misapplication of the law, or by considering irrelevant evidence, or by considering all of the required evidence and then reaching the wrong conclusion, or otherwise. If any error was made in applying the correct law to the facts, it was a matter of mixed law and fact which would attract a more deferential standard of review. Therefore it was necessary to ascertain the governing legal principles before determining if, applying those correct principles, the decision could withstand review on the standard of reasonableness *simpliciter*.

(2) The determination of which definition applied depended upon the interpretation of section 119 of the amending legislation, which provides that the financial liability of a person under any provision of the *Immigration Act* amended by this Act that arises from any act done before the coming into force of the amendment to that provision shall be determined as though the amendment were not in force. Greer's financial liability, if any, was triggered by subsection 87(3) which makes a transportation company liable, on demand, to reimburse Her Majesty. Subsection 87(3) was not amended by the amending legislation. However, for any liability to be triggered in the case of a deserting crew member, pursuant to subsection 87(1), the transportation company must have been required, pursuant to section 86, to convey, or cause to be conveyed, the person from Canada. Subsection 87(1) and section 86 were amended by the amending legislation. Therefore, Greer's financial liability would attach under a provision of the Act which was amended. While there was no obligation on Greer to pay until 1998, liability was founded on acts Greer was alleged to have been responsible for which took place in 1992. Greer's liability depended on Nizam having entered Canada as a crew member and subsequently having ceased to be a visitor, events which took place in 1992. Thus Greer's alleged financial liability arose from acts done before February 1, 1993. Therefore, pursuant to section 119, Greer's liability should be determined as though the definition of a transportation company did not refer to goods, under the prior definition of a transportation company.

(3) In *Flota Cubana de Pesca (Cuban Fishing Fleet) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, the

teur; 4) une violation de l'équité procédurale a-t-elle eu lieu en raison d'un retard ou d'une absence de communication; 5) les sommes d'argent qui auraient appartenu à Greer ont-elles été convenablement affectées en compensation de la dette de cette dernière?

Jugement: la demande est rejetée.

1) Comme aucun motif n'a été exposé pour expliquer comment on était parvenu à la conclusion que Greer était un «transporteur», il était impossible de déterminer si une quelconque erreur a découlé d'une application erronée du droit, du fait qu'on a tenu compte d'une preuve non pertinente ou encore du fait qu'on a considéré l'ensemble de la preuve requise pour ensuite parvenir à la mauvaise conclusion, ou, à tout le moins, à une conclusion erronée. Si on a commis une quelconque erreur en appliquant le bon droit aux faits, il s'agissait alors d'une question à la fois de fait et de droit qui appellerait une norme de contrôle moins sévère. Par conséquent, il a été nécessaire de déterminer les principes juridiques qu'il convient d'appliquer pour ensuite trancher la question de savoir si, au regard de ces principes, la décision pouvait résister à un examen fondé sur la norme de la décision raisonnable *simpliciter*.

2) Le choix de la définition qui s'appliquait dépendait de l'interprétation de l'article 119 de la loi modificative, qui prévoit que l'obligation financière qui incombe à une personne aux termes d'une disposition de la *Loi sur l'immigration* modifiée par une disposition de la présente loi est déterminée, si elle découle d'un acte commis avant l'entrée en vigueur de cette disposition, comme si celle-ci n'était pas en vigueur. La responsabilité financière de Greer, s'il en est, découlait du paragraphe 87(3), qui prévoit que le transporteur est tenu de rembourser à Sa Majesté, sur demande, les frais de renvoi. Le paragraphe 87(3) n'a pas été modifié par la loi modificative. Cependant, pour que la responsabilité du transporteur soit engagée relativement à un marin déserteur, conformément au paragraphe 87(1), le transporteur doit avoir été avisé de l'obligation de transport de la personne à destination du pays d'où elle est arrivée que lui impose l'article 86 de la Loi. Le paragraphe 87(1) et l'article 86 de la Loi ont été modifiés par la loi modificative. Donc la responsabilité financière de Greer découlerait d'une disposition de la Loi qui a été modifiée. Bien qu'aucune obligation de payer n'incombât à Greer jusqu'en 1998, la responsabilité de Greer découlait d'actes dont Greer aurait été responsable qui auraient été commis en 1992. La responsabilité de Greer dépendait du fait que Nizam était entré au Canada en tant que membre d'un équipage et qu'il avait par la suite cessé d'être un visiteur, événements qui sont survenus en 1992. Donc la responsabilité financière qui aurait incombé à Greer découlait d'actes commis avant le 1^{er} février 1993. Par conséquent, en vertu de l'article 119, la responsabilité de Greer doit être établie comme si la définition du terme «transporteur» ne renvoyait pas à des marchandises, conformément à l'ancienne définition de ce terme.

3) Dans *Flota Cubana de Pesca (Flotte de pêche cubaine) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*,

Federal Court of Appeal found that “transportation company” applied to all companies which transport or provide for the transportation of persons or goods, whether or not their primary business activities involve the transportation of persons or goods for hire. The M/V *Trade Carrier* transported Nizam to Canada as a crew member. Thus, applying the principles articulated in *Flota Cubana*, the owner/operator of the M/V *Trade Carrier* was a “transportation company” as defined in the Act in 1992. Thus it was necessary to determine whether Greer was an “agent” of the transportation company.

Greer relied on the use of “*mandataire*” in the French version of the definition of “transportation company” in arguing that Parliament’s intention was to impose financial responsibility only on those truly involved in bringing undocumented people to Canada. When construing bilingual legislation, ordinary principles of statutory interpretation apply: “the object of the inquiry, therefore, is to search out and give expression to the legislature’s intention in light of the statute’s purpose, the context in which it was enacted and other interpretive strategies”. Having regard to the purpose of Part V of the Act which is to transfer removal costs to the company “which brought those persons into the country” and to discourage transportation companies from bringing in illegal entrants, the more restrictive meaning reflected in the French version of the definition of a “transportation company” best accords with that purpose. Given the “one-off” nature of a shipping agent’s relationship with a vessel and that it could be created when a vessel is already at sea carrying stowaways to Canada, it could not reasonably be concluded that a simple medium can be said to bring illegal entrants into Canada or to have any meaningful ability to discourage transportation vessels from bringing those people to Canada. Requiring an “agent” to be a true agent in the legal sense puts a logical and practical limit on the definition of a transportation company, and such limit best accords with the purpose of the legislation. Nothing in the reasons in *Flota Cubana* requires the imposition of liability on an entity which has only a casual connection to a vessel. Moreover, when construing legislation, as a general rule, unjust or unreasonable results are viewed to be absurd results, and hence, unintended.

As to the nature of Greer’s relationships, neither the parties’ use of language indicative of an “agency” relationship, nor the Master’s identification of Greer as the ship’s “agent” was determinative. Greer had express authority to act on behalf of the “principal”, and consented at least

la Cour d’appel fédérale a conclu que le terme «transporteur» s’appliquait à toutes les entreprises qui assurent un service de transport de voyageurs ou marchandises ou fournissent un tel service, que leur activité principale fasse intervenir ou non le transport en location de voyageurs ou marchandises. Le MS *Trade Carrier* a transporté Nizam vers le Canada en tant que membre de son équipage. En conséquence, par application des principes énoncés dans l’arrêt *Flota Cubana*, le propriétaire/exploitant du MS *Trade Carrier* était un «transporteur» au sens de la définition que comprenait la Loi en 1992. Il était ensuite nécessaire d’examiner la question de savoir si Greer était le «mandataire» d’un transporteur.

Greer a invoqué l’utilisation du mot «mandataire» dans la version française de la définition de «transporteur», en soutenant que l’intention du législateur était d’imposer une responsabilité financière seulement aux transporteurs véritablement impliqués dans le transport de personnes sans papiers vers le Canada. Ce sont les principes ordinaires d’interprétation législative qui s’appliquent pour interpréter les lois bilingues: «le but de notre interrogation doit donc consister à découvrir et à donner effet à l’intention du législateur, en regard de l’objet de la loi, du contexte dans lequel elle a été édictée et des autres stratégies d’interprétation». Pour ce qui est de l’objectif de la partie V de la Loi, qui consiste à imputer les frais de renvoi aux transporteurs «qui [. . .] ont amené [de telles personnes] au pays» et à décourager les transporteurs d’amener au Canada des personnes qui n’ont pas le droit d’y entrer ou d’y demeurer, le sens plus restrictif qui se reflète dans la version française de la définition du «transporteur» est le sens le plus conforme à cet objectif. Compte tenu de la nature «particulière» du lien qui existe entre l’agent maritime et le navire, et du fait qu’un tel lien peut être établi une fois que le navire a déjà quitté le port avec des passagers clandestins et qu’il est en route pour le Canada, on ne peut raisonnablement conclure qu’on puisse soutenir qu’un simple intermédiaire fait entrer au Canada des personnes qui n’ont pas le droit d’y entrer ou d’y demeurer, ou qu’il a une quelconque capacité de dissuader les navires de transport d’amener de telles personnes au Canada. Exiger qu’un «agent» soit un véritable mandataire au sens juridique du terme impose une limite logique et pratique à la définition du «transporteur», et une telle limite est ce qu’il y a de plus conforme à la loi. Dans l’arrêt *Flota Cubana*, les motifs de la Cour n’exigent nullement qu’une responsabilité soit imposée à une entité qui n’entretient qu’un lien occasionnel avec un navire. En outre, il existe une règle générale en matière d’interprétation des lois selon laquelle les résultats injustes ou déraisonnables sont considérés comme étant absurdes et, partant, non voulus.

En ce qui concerne la nature des relations de Greer, ni le fait que les parties elles-mêmes ont utilisé un libellé qui indique qu’il s’agissait d’une relation de «mandataire», ni le fait que le commandant du navire a identifié Greer comme étant le «mandataire du navire» n’a été déterminant. Greer

impliedly to so act. It performed a service for its principal, represented the vessel and the principal to outsiders, and could have acquired rights for its principal and subjected it to liabilities by signing bills of lading. While Greer's role was narrowly circumscribed in that it sought instructions from the principal in respect of the services provided to the vessel and could not negotiate the wording of bills of lading, it was not unreasonable for the Minister to determine that the central criteria of an agency relationship found in the authorities were satisfied herein.

(4) In view of Greer's own inaction, there was no breach of procedural fairness. Greer did not object when put on notice that Immigration Canada would be looking to it for payment of removal costs in September 1992. Thereafter any delay resulted from Nizam's actions and the inability to calculate removal costs prior to his removal. Greer could have again objected to the respondent's position or made submissions in February 1998 when notified of the estimated removal costs. In those circumstances the delay, or the process followed, did not constitute any breach of the duty of procedural fairness.

(5) Nothing in the *Immigration Act* or the *Financial Administration Act* ousts the application of *Interpretation Act*, paragraph 24(2)(d). Indeed subsection 121(1) authorizes the Minister to authorize such persons as the Minister deems proper to exercise any of the powers required to be exercised by the Minister, and subsection 121(2) provides that any power exercised under subsection 121(1) by any authorized person shall be deemed to have been exercised by the Minister. The Minister was not required to be personally involved in the decision to set-off the sum of \$10,640.56.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof, S.C. 1992, c. 49, s. 119.
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 155.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) "transportation company" (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 1), 85(1) (as am. *idem*, s. 74), (3) (as am. *idem*), (5) (as am. *idem*), 86 (as am. *idem*, s. 75), 87(1) (as am. *idem*, s. 76), (2), (3) (as am. *idem*), 103(1) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 19), 121(1) (as am. *idem*, s. 22), (2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 107).
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, s. 2(1) "transportation company".
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 24(2) (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 89).

avait exprimé son pouvoir d'agir pour le compte du «commettant» et avait consenti, à tout le moins de façon implicite, à remplir cette fonction. Greer a fourni un service à son commettant, elle représentait le navire et le principal devant des tiers, et elle aurait pu acquérir des droits pour le compte de son commettant de même que lui imposer des responsabilités en signant des connaissements. Bien que le rôle de Greer ait été strictement défini étant donné qu'elle avait demandé des directives en s'adressant au commettant au sujet des services qu'elle devait fournir au navire et qu'elle ne pouvait négocier le libellé des connaissements, le ministre n'a pas pris une décision déraisonnable en concluant qu'il avait été satisfait aux principaux critères de la relation de mandataire dans la présente affaire.

4) Compte tenu de l'inaction de Greer, il n'y a pas eu d'atteinte à l'équité procédurale. Greer n'a pas contesté lorsqu'elle a été avisée en septembre 1992 que le ministère de l'Immigration chercherait à se faire rembourser par elle. Par la suite, tout retard a été suscité par les actions de Nizam et l'impossibilité de déterminer les frais de renvoi avant que celui-ci n'ait lieu. Greer aurait pu de nouveau s'opposer à la position du défendeur ou faire des observations après avoir été avisée de l'estimation des frais de renvoi en février 1998. Dans les circonstances, le retard, ou le processus qui a été suivi, ne constituait pas une quelconque violation de l'obligation de respecter l'équité procédurale.

5) Ni la *Loi sur l'immigration* ni la *Loi sur la gestion des finances publiques* n'élimine l'application de l'alinéa 24(2)(d) de la *Loi d'interprétation*. En effet, le paragraphe 121(1) prévoit que le ministre peut, s'il le juge indiqué, déléguer à des agents les attributions que lui confèrent la Loi ou ses règlements, et le paragraphe 121(2) prévoit que les actes accomplis par les agents visés au paragraphe 121(1) sont réputés l'avoir été par le ministre. Le ministre n'était pas tenu de prendre personnellement part à la décision d'obtenir une compensation à l'égard de la somme de 10 640,56 \$.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 24(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 89).
Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence, L.C. 1992, ch. 49, art. 119.
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 155.
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 2(1) «transporteur».
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) «transporteur» (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 1), 85(1) (mod., *idem*, art. 74), (3) (mod., *idem*), (5) (mod., *idem*), 86 (mod., *idem*, art. 75), 87(1) (mod., *idem*, art. 76), (2), (3) (mod., *idem*), 103(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 19), 121(1) (mod., *idem*, art. 22), (2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 107).

CASES JUDICIALEMENT CONSIDÉRÉS

APPLIÉS:

Flota Cubana de Pesca (Cuban Fishing Fleet) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 2 F.C. 303; (1997), 154 D.L.R. (4th) 577; 41 Imm. L.R. (2d) 175; 221 N.R. 356 (C.A.); *Paterson SS Ltd. v. Aluminum Co. of Can.*, [1951] S.C.R. 852; [1951] 1 D.L.R. 241; *Vidal v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 49 Admin. L.R. 118; 41 F.T.R. 118; 13 Imm. L.R. (2d) 123 (F.C.T.D.); *Blandy Brothers & Co., Lda. v. Nello Simoni, Ltd.*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 393 (C.A.).

CONSIDÉRÉS:

Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc., [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; affg (1995), 127 D.L.R. (4th) 329; 21 B.L.R. (2d) 68; 63 C.P.R. (3d) 67; 185 N.R. 291 (F.C.A.); *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170; (1992), 92 D.L.R. (4th) 643; [1992] 4 W.W.R. 640; 9 B.C.A.C. 161; 68 B.C.L.R. (2d) 1; 73 C.C.C. (3d) 385; 14 C.R. (4th) 181; 137 N.R. 161; 19 W.A.C. 161; *Trophy Foods Inc. v. Scott et al.* (1995), 140 N.S.R. (2d) 92; 123 D.L.R. (4th) 509 (C.A.).

DISTINGUÉS:

International Chartering Services Ltd. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 148 F.T.R. 151 (F.C.T.D.).

RÉFÉRÉS:

Berkshire, The, [1974] 1 Lloyd's Rep. 185 (Q.B. (Adm. Ct.)); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Conille v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 F.C. 33; (1998), 15 Admin. L.R. (3d) 157; 159 F.T.R. 215 (T.D.); *Jian Sheng Co. v. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 F.C. 418; (1998), 225 N.R. 140 (C.A.).

AUTEURS CITÉS

Fridman, G. H. L. *The Law of Agency*, 4th ed. London: Butterworths, 1976.
Halsbury's Laws of England, 3rd ed. Vol. 1. London: Butterworths, 1952.

APPLICATION for judicial review of the Minister's decision that the applicant was liable as a transportation company for the detention and deportation costs of a crew member who had defected from a ship for

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Flota Cubana de Pesca (Flotte de pêche cubaine) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 2 C.F. 303; (1997), 154 D.L.R. (4th) 577; 41 Imm. L.R. (2d) 175; 221 N.R. 356 (C.A.); *Paterson SS Ltd. v. Aluminum Co. of Can.*, [1951] R.C.S. 852; [1951] 1 D.L.R. 241; *Vidal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 49 Admin. L.R. 118; 41 F.T.R. 118; 13 Imm. L.R. (2d) 123 (C.F. 1^{re} inst.); *Blandy Brothers & Co., Lda. v. Nello Simoni, Ltd.*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 393 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc., [1997] 1 R.C.S. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; conf. (1995), 127 D.L.R. (4th) 329; 21 B.L.R. (2d) 68; 63 C.P.R. (3d) 67; 185 N.R. 291 (C.A.F.); *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170; (1992), 92 D.L.R. (4th) 643; [1992] 4 W.W.R. 640; 9 B.C.A.C. 161; 68 B.C.L.R. (2d) 1; 73 C.C.C. (3d) 385; 14 C.R. (4th) 181; 137 N.R. 161; 19 W.A.C. 161; *Trophy Foods Inc. v. Scott et al.* (1995), 140 N.S.R. (2d) 92; 123 D.L.R. (4th) 509 (C.A.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

International Chartering Services Ltd. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 148 F.T.R. 151 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Berkshire, The, [1974] 1 Lloyd's Rep. 185 (Q.B. (Adm. Ct.)); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Conille c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 C.F. 33; (1998), 15 Admin. L.R. (3d) 157; 159 F.T.R. 215 (1^{re} inst.); *Jian Sheng Co. c. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 C.F. 418; (1998), 225 N.R. 140 (C.A.).

DOCTRINE

Fridman, G. H. L. *The Law of Agency*, 4th ed. London: Butterworths, 1976.
Halsbury's Laws of England, 3rd ed. Vol. 1. London: Butterworths, 1952.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision du ministre selon laquelle la demanderesse était responsable en tant que transporteur des frais de détention et d'expulsion d'un membre d'équipage qui avait quitté

which the applicant was providing services, and recovering that amount by way of set-off from the applicant's GST refund. Application dismissed.

APPEARANCES:

H. Peter Swanson for applicant.
Helen C. H. Park for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Campney & Murphy, Vancouver, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] DAWSON J.: These applications for judicial review, consolidated for hearing, raise the issue of the proper interpretation of the term "transportation company" as found in the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as amended (Act).

[2] In each application the issue arises in the context of subsection 85(3) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 74] of the Act which makes a transportation company liable to pay all costs for removing a person that the company brought to Canada if the person was not granted admission and at the time of arrival in Canada was not in possession of a valid visa.

PRELIMINARY MATTER

[3] At the commencement of the hearing counsel advised that an agreement had been reached between the parties that the Minister would consent to the application for judicial review being allowed in one of the applications brought by Colley Motorships West Ltd., IMM-3998-99, subject to the parties being able to make submissions as to costs. The remaining two applications, which involve very similar facts, were fully contested and argued. While this decision was under reserve the Department of Citizenship and

un navire auquel la demanderesse fournissait des services et du recouvrement de cette somme, par voie de compensation, du compte de remboursement de TPS de la demanderesse. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

H. Peter Swanson pour la demanderesse.
Helen C. H. Park pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Campney & Murphy, Vancouver, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE DAWSON: Les présentes demandes de contrôle judiciaire, entendues en même temps, soulèvent la question de l'interprétation qu'il convient de donner au terme «transporteur» qui se trouve dans la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, modifiée (la Loi).

[2] Dans chaque demande, la question se pose dans le contexte du paragraphe 85(3) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 74] de la Loi, qui prévoit que le transporteur qui a amené une personne au Canada peut être tenu responsable des frais qu'occasionne le renvoi de cette personne si cette dernière n'a pas obtenu le droit d'être admise au pays et n'était pas, au moment de son arrivée au Canada, en possession d'un visa valide.

QUESTION PRÉLIMINAIRE

[3] Au début de l'audition, les avocats ont informé la Cour qu'une entente avait été conclue entre les parties, en vertu de laquelle le ministre consentirait à ce que l'une des demandes de contrôle judiciaire de Colley Motorships West Ltd. (la demande IMM-3998-99) soit accueillie, à condition que les parties puissent faire des observations sur la question des dépens. Les deux autres demandes, qui portent sur des faits très similaires, ont été pleinement contestées et débattues. Pendant que la présente décision était en

Immigration recovered the full removal costs at issue in IMM-3997-99 from the shipowners. That proceeding is now moot and it has been discontinued.

[4] The reasons that follow deal solely with the remaining contested application brought by Greer Shipping Ltd. (Greer), IMM-2639-99.

[5] After the release of these reasons counsel will be provided with the opportunity to make written submissions on the issue of costs in all applications.

THE FACTS

[6] Greer is a British Columbia company which provides services to shipping industry customers. It neither owns, operates nor charters any vessels, and neither has it done so in the past.

[7] Greer provides services in a wide variety of circumstances, involving it in a number of different types of relationships. Greer may be appointed by vessel owners, operators or charterers. Where services are provided to tramp vessels, as in the present case, there is often no long-term relationship with the vessel owner, operator or charterer.

[8] In July of 1992 Greer was contacted by a freight forwarder, broker and air cargo agent, Dyson Shipping Company, Inc. (Dyson) on behalf of the Food Corporation of India in respect of a number of vessels fixed to load wheat from Canada's West Coast. The present dispute arises in respect of one of those vessels, the *M/V Trade Carrier*.

[9] The relevant edition of Lloyd's Register of Ships showed the *M/V Trade Carrier* to be owned by Trade Venture Inc. and managed or operated by Marine Management Services M.C. (Marine Management). The *M/V Trade Carrier* was not a passenger ship.

délibéré, le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration a obtenu des propriétaires de navires qu'ils payent l'ensemble des frais de renvoi dans l'affaire IMM-3997-99. Cette instance n'ayant plus d'objet, elle a été abandonnée.

[4] Les motifs qui suivent traitent uniquement de la dernière demande contestée, qui a été présentée par Greer Shipping Ltd. (Greer), sous le numéro IMM-2639-99.

[5] Après que les présents motifs auront été communiqués aux parties, les avocats auront l'occasion de faire des observations écrites sur la question des dépens à l'égard de l'ensemble des demandes.

LES FAITS

[6] Greer est une société de la Colombie-Britannique qui fournit des services à ses clients de l'industrie du transport maritime. Elle ne possède, n'exploite, ni n'affrète aucun navire, et elle ne l'a jamais fait.

[7] Comme Greer fournit des services à l'égard de toute une gamme de circonstances, elle entretient un certain nombre de types de relations. Greer peut être désignée par des propriétaires, exploitants ou affrêteurs de navires. Lorsqu'elle offre ses services à des navires de tramping, comme c'est le cas dans la présente affaire, il arrive souvent qu'elle n'entretienne pas de lien à long terme avec le propriétaire, l'exploitant ou l'affrèteur du navire.

[8] En juillet 1992, Greer a été contactée par un groupeur de marchandises, courtier et préposé au fret aérien, la Dyson Shipping Company, Inc. (Dyson), pour le compte de la Food Corporation of India, à l'égard d'un certain nombre de navires qui devaient charger du blé sur la côte ouest du Canada. Le présent litige a pris naissance à l'égard de l'un de ces navires, le *MS Trade Carrier*.

[9] L'édition pertinente du Registre de la Lloyd's mentionnait que le *MS Trade Carrier* appartenait à la Trade Venture Inc. et qu'il était géré et exploité par la Marine Management Services M.C. (Marine Management). Le *MS Trade Carrier* n'était pas un navire à passagers.

[10] Greer said that it assumed that the vessel was under charter to the Food Corporation of India, and that the terms of the charter allowed the charterer and its North American agent Dyson to appoint Greer to assist the vessel in British Columbia.

[11] Greer had worked for Dyson prior to 1992, but believes that Dyson has since gone out of business.

[12] For reasons explained only as “[b]y reason of our appointment” Greer began communicating with Brokerage and Management Corp. (Brokerage) of New York which Greer apparently presumed either owned or managed the vessel. No other evidence was tendered as to Brokerage’s precise role in this matter. Greer, in accordance with its practice when requested to assist a vessel, advised Brokerage of the expected timing and requested funds to cover its disbursements and fees.

[13] Telexes put in evidence reflect that Greer sought express instructions from Brokerage before incurring overtime expenses, was given specific authority to sign bills of lading with specific direction on the content of those bills of lading, and sought specific instructions from Brokerage as to bill of lading release instructions.

[14] The Master of the M/V *Trade Carrier* wrote to Greer identifying Greer as “Charterer’s agents” and the Master provided his authority to Greer to sign bills of lading on specified conditions.

[15] The services provided by Greer to the M/V *Trade Carrier* were as follows:

(a) clearing the vessel into Canada, by preparing and submitting customs documents, and by submitting a crew list and a health certificate prepared by the crew of the vessel;

[10] Greer a dit qu’elle avait présumé que le navire avait été affrété par la Food Corporation of India et que le contrat d’affrètement permettait à l’affrèteur et à son mandataire en Amérique du Nord, Dyson, de désigner Greer afin qu’elle s’occupe du navire en Colombie-Britannique.

[11] Greer avait déjà travaillé pour Dyson avant 1992, mais elle croit que Dyson s’est depuis retirée des affaires.

[12] Pour des motifs qui ont été expliqués au moyen de la seule expression [TRADUCTION] «en vertu de notre désignation», Greer a commencé à communiquer avec la Brokerage and Management Corp. (Brokerage) de New York, car il semble qu’elle présumait que cette dernière possédait ou gérait le navire. Aucune autre preuve n’a été produite au sujet du rôle précis de Brokerage dans la présente affaire. Greer, conformément à sa pratique en vigueur lorsqu’on lui demandait de s’occuper d’un navire, a avisé Brokerage de l’échéancier prévu et demandé qu’elle lui verse des fonds afin de payer ses débours et frais.

[13] Il ressort de télex qui ont été mis en preuve que Greer avait demandé à Brokerage de lui donner des directives précises avant d’engager des dépenses sur le plan du temps supplémentaire, qu’elle avait reçu une autorisation expresse de signer des connaissements de même que des directives précises au sujet du contenu de tels connaissements, et qu’elle avait demandé des directives précises de Brokerage en matière de délivrance des connaissements.

[14] Le commandant du MS *Trade Carrier* a écrit à Greer en identifiant cette dernière comme étant «le mandataire de l’affrèteur» et il lui a donné l’autorisation de signer des connaissements sous réserve de conditions bien précises.

[15] Voici les services que Greer a fournis au MS *Trade Carrier*:

a) permettre l’admission du navire au Canada en préparant et soumettant des documents de douane, et en produisant un rôle d’équipage et un certificat de santé que l’équipage du navire avait préparés;

- (b) arranging for inbound and outbound pilots through discussions with the Pacific Pilotage Authority;
- (c) arranging for tugs and line handlers by contacting the tug company and terminal;
- (d) arranging for launch services to and from the vessel while at anchor;
- (e) liaising with the Canadian Wheat Board and the Grain Clearance Shippers Association which, it was understood, were in charge of providing cargo for the vessel, designating and arranging for a berth to load the vessel, loading cargo into the vessel and which would pay any demurrage for delays in loading caused by unavailability of cargo;
- (f) arranging for garbage collection from the vessel;
- (g) arranging for a telephone set-up on the vessel;
- (h) arranging for survey; and
- (i) arranging for the payment of harbour dues, berthage charges, the Chamber of Shipping Assessment, clearance charges, crew expenses, including medical, transportation and communication.
- b) prendre des dispositions en vue d'obtenir des pilotes pour entrer au Canada et y sortir par l'entremise de pourparlers avec l'Administration de pilotage du Pacifique;
- c) prendre des dispositions en vue d'obtenir des remorqueurs et des manœuvres de câbles en communiquant avec la compagnie de remorqueurs et le terminal;
- d) prendre des dispositions en vue d'obtenir des services de lancement vers le navire et en provenance de celui-ci alors qu'il était ancré;
- e) assurer la liaison avec la Commission canadienne du blé et la Grain Clearance Shippers Association, qui, selon l'entente convenue, avaient la responsabilité de fournir la cargaison du navire, désigner un emplacement de chargement du navire et prendre des dispositions pour l'obtenir, de même que charger la cargaison dans le navire, et payeraient, le cas échéant, l'indemnité de surestaries à l'égard de tout retard du chargement causé par la non-disponibilité de la cargaison;
- f) prendre des dispositions en vue de la cueillette des ordures du navire;
- g) prendre des dispositions pour que le navire soit doté d'un service téléphonique;
- h) prendre des dispositions en matière d'inspection; et
- i) prendre des dispositions en vue de payer les droits de port, les droits de stationnement, les cotisations à la Chamber of Shipping, le permis de circulation, et les dépenses liées à l'équipage, notamment sur les plans médical, du transport, et des communications.

[16] Greer signed a statement of fact as charterer's agent setting out the details of the vessel's movements in the Port of Vancouver. The Crew Index form published by the then Minister of Employment and Immigration noted Greer to be the Agent of the ship. A dispute arose as to who would be responsible for delay costs. The Master was instructed by Brokerage to sign the bills of lading rather than Greer. Greer, on behalf of Dyson, wrote to Brokerage advising that Greer, as agent for Dyson "hereby hold the Master and/or owners responsible for any delay costs".

[16] Greer a signé une «déclaration de fait» en tant que mandataire de l'affréteur qui décrivait en détail les déplacements du navire dans le port de Vancouver. La fiche de marin publiée par le ministre de l'Emploi et de l'Immigration de l'époque mentionnait que Greer était le «mandataire» du navire. La question de savoir qui serait responsable des frais de retard a fait l'objet d'un litige. Le commandant a été avisé par Brokerage qu'il devait signer les connaissements plutôt que Greer. Greer a écrit à Brokerage, pour le compte de Dyson, pour l'informer qu'en tant que mandataire de

[17] On July 28, 1992, the day after the vessel left Vancouver, Greer advised Brokerage that on the vessel's departure from Vancouver six crew members were not on board. Greer believed Employment and Immigration Canada to be aware of this at the time. Due to legal proceedings unrelated to these proceedings, the vessel remained in Canadian waters until August 1, 1992. During that time Employment and Immigration Canada took no steps to detain the vessel.

[18] This dispute concerns one of the deserting crew members, Mohamed Nizam. Mr. Nizam remained in Canada without the authorization of the Immigration authorities and a warrant was issued for his arrest under subsection 103(1) [as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 19] of the Act.

[19] On September 9, 1992, Employment and Immigration Canada, as it then was, wrote to Greer Shipping advising:

Please be advised that the Immigration Act holds the transportation company liable for detention and deportation costs (Immigration Act 87(3)) and we, therefore, are asking for a deposit of five thousand dollars (\$5,000.00) under the authority of Section 93 of the Immigration Act.

The deposit was never received.

[20] On April 22, 1993, Mr. Nizam reported to a Canada Immigration Office where he was arrested and where he made a claim for refugee status in Canada. The claim was unsuccessful, but it was not until April 26, 1997 that Mr. Nizam exhausted his avenues under the Act so that a previously issued conditional departure order became a deemed deportation order.

[21] Thereafter Mr. Nizam failed to appear for removal and another warrant for his arrest was issued.

Dyson [TRADUCTION] elle «considérerait par la présente que le commandant et/ou les propriétaires du navire étaient responsables, le cas échéant, des frais de retard».

[17] Le 28 juillet 1992, soit le lendemain du départ du navire de Vancouver, Greer a avisé Brokerage qu'au moment du départ du navire de Vancouver, il manquait six membres d'équipage. Greer estimait qu'Emploi et Immigration Canada était au courant de cela à ce moment-là. Or, en raison d'une instance judiciaire qui n'est pas liée à la présente instance, le navire est demeuré dans les eaux canadiennes jusqu'au 1^{er} août 1992. Au cours de cette période, Emploi et Immigration Canada n'a pris aucune mesure afin d'arrêter le navire.

[18] Le présent litige porte sur un des marins déserteurs, Mohamed Nizam. M. Nizam est demeuré au Canada sans autorisation de la part des autorités de l'Immigration et un mandat d'arrestation a été délivré à son égard en vertu du paragraphe 103(1) [mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 19] de la Loi.

[19] Le 9 septembre 1992, le ministère de l'Emploi et de l'Immigration de l'époque a écrit à Greer Shipping pour l'informer de ce qui suit:

[TRADUCTION] Sachez que la Loi sur l'immigration tient le transporteur responsable des frais de détention et d'expulsion (par. 87(3) de la Loi sur l'immigration) et qu'en conséquence, nous exigeons un dépôt de cinq mille dollars (5 000 \$) en vertu des pouvoirs que confère l'article 93 de la Loi sur l'immigration.

Emploi et Immigration Canada n'a jamais reçu le dépôt.

[20] Le 22 avril 1993, M. Nizam s'est présenté à un bureau d'Immigration Canada, où il a été arrêté et où il a revendiqué le statut de réfugié au Canada. Il a été débouté, mais ce n'est que le 26 avril 1997 que M. Nizam a épuisé l'ensemble des recours qui s'offraient à lui en vertu de la Loi, de sorte qu'une mesure d'interdiction de séjour conditionnelle qui avait été prise contre lui est alors devenue une mesure d'expulsion.

[21] Par la suite, M. Nizam a omis de se présenter afin d'être renvoyé du pays et un autre mandat a été

On February 4, 1998 he was arrested in Saskatoon after making a fresh refugee claim under a different name.

[22] On February 6, 1998, the Immigration authorities advised Greer, as the agent for the transportation company which had brought Mr. Nizam to Canada, of Mr. Nizam's scheduled departure and the estimated removal costs. Greer advised the authorities to proceed with the removal as Greer would not be making arrangements to convey Mr. Nizam.

[23] Mr. Nizam was removed and on March 6, 1998 Citizenship and Immigration Canada (CIC) submitted to Greer the particulars of the removal costs which totalled \$10,640.56. Monthly statements were sent to Greer from April to November of 1999.

[24] Two written notices were then provided to Greer advising that CIC would take steps to recover the debt by way of set-off against any monies that might become payable to Greer by the federal government. Payment was not received from Greer.

[25] On July 5, 1999, CIC received from Revenue Canada \$10,640.56 which amount came from Greer's GST refund account.

THE ISSUES

[26] The following issues must be decided:

1. Which definition of a "transportation company" governs Greer's application for judicial review?
2. Is Greer an agent of a transportation company within the applicable definition contained in the Act?
3. Was there any breach of procedural fairness due to delay and lack of disclosure?

délivré en vue de son arrestation. Le 4 février 1998, il a été arrêté à Saskatoon après avoir de nouveau revendiqué le statut de réfugié, cette fois en utilisant un autre nom que le sien.

[22] Le 6 février 1998, les autorités de l'Immigration ont informé Greer, en tant que mandataire du transporteur qui avait amené M. Nizam au Canada, du départ prévu de ce dernier ainsi que d'une estimation des frais qu'occasionnerait son renvoi. Greer a avisé les autorités de renvoyer M. Nizam vu qu'elle ne prendrait pas de dispositions en ce qui concerne le transport de ce dernier à destination.

[23] M. Nizam a été renvoyé du pays le 6 mars 1998. Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) a transmis à Greer une description détaillée des frais du renvoi de M. Nizam, qui s'élevaient à 10 640,56 \$. Des relevés mensuels ont été envoyés à Greer d'avril à novembre 1999.

[24] Deux avis écrits ont ensuite été remis à Greer pour l'informer que CIC prendrait des mesures afin de recouvrer la créance, en retenant à l'avenir des sommes d'argent que le gouvernement fédéral pourrait être appelé à verser à Greer. Greer n'a fait aucun paiement.

[25] Le 5 juillet 1999, CIC a reçu de Revenu Canada la somme de 10 640,56 \$, qui provenait du compte de remboursement de TPS de Greer.

LES QUESTIONS LITIGIEUSES

[26] Voici les questions litigieuses que notre Cour doit trancher:

1. Quelle est la définition de «transporteur» qui s'applique à la demande de contrôle judiciaire de Greer?
2. Greer est-elle le mandataire d'un transporteur au sens de la définition applicable que contient la Loi?
3. Une violation de l'équité procédurale a-t-elle eu lieu en raison d'un retard ou d'une absence de communication?

4. Were the monies said to be owing by Greer properly set-off?

ANALYSIS

(i) Standard of Review

[27] Counsel for the applicant submitted that at issue is the propriety of the Minister's determination that it is a transportation company. That issue was said to raise a question of law going to jurisdiction. The standard of review was, the applicant submitted, correctness.

[28] The Minister characterized the question as of one of mixed law and fact. Applying the pragmatic and functional approach she submitted that the standard of review was reasonableness *simpliciter*.

[29] As noted by the Supreme Court of Canada in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paragraph 37, the distinction between what is a question of law and what is a question of mixed law and fact may in some cases be difficult to decipher. In the present case, no reasons were given as to how the determination was made that Greer was a "transportation company". It is not possible, therefore, to determine whether any error was caused by misapplication of the law, or by considering irrelevant evidence, or by considering all of the required evidence (and only relevant evidence) and then reaching the wrong conclusion, or otherwise. If any error was made in applying the correct law to the facts it is a matter of mixed law and fact which would attract a more deferential standard of review.

[30] In the result, I propose to ascertain the governing legal principles and then determine if, applying those correct principles, the decision is one which can stand up to a somewhat probing examination (being a review on the standard of reasonableness *simpliciter*).

4. Les sommes d'argent qui auraient appartenu à Greer ont-elles été convenablement affectées en compensation de la dette de cette dernière?

L'ANALYSE

(i) La norme de contrôle

[27] L'avocat de la demanderesse a fait valoir que c'est le bien-fondé de la décision du ministre selon laquelle sa cliente constitue un transporteur qui est en cause. Il a soutenu que cela soulevait une question de droit qui portait sur la compétence et que la norme de contrôle qu'il convenait d'appliquer était celle de la décision correcte.

[28] Le ministre a considéré qu'il s'agissait d'une question à la fois de fait et de droit. Appliquant la démarche pragmatique et fonctionnelle, elle a soutenu que la norme de contrôle qu'il convenait d'appliquer était celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

[29] Comme l'a fait remarquer la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, au paragraphe 37, il n'est pas facile, dans certains cas, de faire la distinction entre ce qui constitue une question de droit et ce qui constitue une question à la fois de fait et de droit. En l'espèce, on n'a exposé aucun motif pour expliquer comment on était parvenu à la conclusion que Greer était un «transporteur». Il est donc impossible de déterminer si une quelconque erreur a découlé d'une application erronée du droit, du fait qu'on a tenu compte d'une preuve non pertinente, ou encore du fait qu'on a considéré l'ensemble de la preuve requise (et seule la preuve pertinente) pour ensuite parvenir à la mauvaise conclusion, ou, à tout le moins à une conclusion erronée. Si on a commis une quelconque erreur en appliquant le bon droit aux faits, il s'agit alors d'une question à la fois de fait et de droit qui appellerait une norme de contrôle moins sévère.

[30] Je me propose donc de déterminer les principes juridiques qu'il convient d'appliquer pour ensuite trancher la question de savoir si, au regard de ces principes, la décision résiste à un examen assez poussé (soit un examen fondé sur la norme de la décision raisonnable *simpliciter*).

(ii) Which definition of a transportation company governs Greer's application for judicial review?

[31] The statutory scheme with respect to the obligations and liabilities of transportation companies is found in Part V of the Act. Sections 85 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 74], 86 [as am. *idem*, s. 75] and 87 [as am. *idem*, s. 76] of the Act, as applicable to these proceedings, in material part, are as follows:

85. (1) Subject to subsection (2), a transportation company that has brought a person to Canada may be required by the Minister to convey that person, or cause that person to be conveyed,

...

(c) to such country as is determined pursuant to subsection 52(2) or (3), in the case of a person who is required to leave Canada by reason of the making of a removal order.

...

(5) This section does not apply in relation to persons who enter Canada as or to become members of a crew.

86. Where a person enters Canada as or to become a member of a crew of a vehicle and ceases to be a visitor pursuant to subsection 26(1), the transportation company that operates that vehicle may be required by the Minister to convey that person, or cause that person to be conveyed, to the country from which that person came to Canada, or to such other country as the Minister may approve at the request of the company, and the company is liable to pay all removal costs in respect of that person.

87. (1) Where, pursuant to section 85 or 86, a transportation company is required to convey a person, or cause a person to be conveyed, from Canada, it shall be notified of that requirement and be given an opportunity to convey that person, or to cause that person to be conveyed, on one of its own vehicles or otherwise.

(2) Where a transportation company referred to in subsection (1), after having been notified, is not prompt in furnishing transportation, the Minister may direct that arrangements be made for the removal from Canada, by another transportation company and at the expense of Her Majesty, of the person to be conveyed from Canada.

(3) The transportation company referred to in subsection (1) is liable, on demand, to reimburse Her Majesty for all removal costs incurred under subsection (2) in respect of the person conveyed from Canada.

(ii) Quelle est la définition de «transporteur» qui s'applique à la demande de contrôle judiciaire de Greer?

[31] Le régime législatif qui prévoit les obligations et responsabilités des transporteurs se trouve dans la partie V de la Loi. Voici les parties pertinentes des articles 85 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 74], 86 [mod., *idem*, art. 75] et 87 [mod., *idem*, art. 76] de la Loi, dans la mesure où elles s'appliquent à la présente instance:

85. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le transporteur qui a amené une personne au Canada peut être tenu responsable par le ministre du transport de celle-ci à destination:

[. . .]

c) du pays désigné conformément aux paragraphes 52(2) ou (3), dans le cas d'une personne qui doit quitter le Canada par suite d'une mesure de renvoi.

[. . .]

(5) Le présent article ne s'applique pas aux personnes qui entrent au Canada à titre de membres du personnel d'un véhicule ou pour le devenir.

86. Dans le cas où une personne entre au Canada à titre de membre du personnel d'un véhicule ou pour le devenir et perd la qualité de visiteur aux termes du paragraphe 26(1), le transporteur qui exploite le véhicule peut être tenu responsable par le ministre du transport de la personne à destination du pays d'où elle est arrivée, ou du pays agréé par le ministre à la demande du transporteur, ainsi que des frais de renvoi de la personne.

87. (1) Le transporteur doit être avisé de l'obligation de transport que lui imposent les articles 85 et 86 et doit avoir la possibilité de s'en acquitter au moyen de ses propres véhicules ou par tout autre moyen.

(2) Si le transporteur, une fois avisé, ne fait pas diligence, le ministre peut ordonner que les dispositions soient prises pour faire effectuer le transport par un autre transporteur, aux frais de Sa Majesté.

(3) Dans le cas visé au paragraphe (2), le transporteur à qui incombait le transport est tenu de rembourser à Sa Majesté, sur demande, les frais de renvoi.

[32] “Transportation company” is defined in the Act. As relevant to these proceedings, the definition found in subsection 2(1) [as am. *idem*, s. 1] of the Act is:

2. (1) . . .

“transportation company”

(a) means a person or group of persons, including any agent thereof and the government of Canada, a province or a municipality in Canada, transporting or providing for the transportation of persons or goods by vehicle or otherwise.

[33] “Transportation company” was formerly defined as follows [*Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52]:

2. (1) . . .

“transportation company” means a person or group of persons carrying or providing for the transportation of persons,

(a) where the expression appears in subsection 90(2), sections 93 and 94 and paragraph 115(1)(bb), by vehicle, bridge, tunnel or otherwise, and

(b) in any other case, by vehicle or otherwise, but not by bridge or tunnel,

and includes any agent thereof and the Government of Canada or the government of any province or municipality in Canada so carrying or providing for the transportation of persons.

[34] The definition was amended by *An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1992, c. 49 [section 1] which came into force on February 1, 1993. The material change was to add to the definition those who transport or provide for the transportation of goods.

[35] Greer stated that the *M/V Trade Carrier* was a cargo vessel so that to have an arguable basis for imposing liability upon Greer to pay for the removal of Mr. Nizam, the Minister must establish that it is the amended definition of a transportation company,

[32] Le terme «transporteur» est défini dans la Loi. La définition qui se trouve au paragraphe 2(1) [mod., *idem*, art. 1] de la Loi est pertinente pour ce qui est de la présente instance:

2. (1) [. . .]

«transporteur» Personne ou groupement, y compris leurs mandataires, qui assurent un service de transport de voyageurs ou de marchandises par véhicule ou tout autre moyen [. . .] La présente définition s’applique aux gouvernements fédéral et provinciaux ainsi qu’aux municipalités, dans la mesure où ils exploitent ou fournissent un tel service.

[33] Voici l’ancienne définition du terme «transporteur» [*Loi sur l’immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52]:

2. (1) [. . .]

«transporteur» désigne les personnes ou groupes de personnes et leurs mandataires ainsi que les gouvernements fédéral, provinciaux ou les municipalités du Canada qui transportent ou font transporter des personnes

a) en recourant à des véhicules, à d’autres moyens ou en leur faisant emprunter un pont ou un tunnel, lorsque le terme «transporteur» se retrouve au paragraphe 90(2), aux articles 93 et 94 et à l’alinéa 115(1)bb), et

b) en recourant à des véhicules ou à d’autres moyens, mais sans leur faire emprunter un pont ou un tunnel, lorsque le terme «transporteur» se retrouve ailleurs dans la présente loi.

[34] La définition a été modifiée par la *Loi modifiant la Loi sur l’immigration et d’autres lois en conséquence*, L.C. 1992, ch. 49 [article premier], qui est entrée en vigueur le 1^{er} février 1993. La principale modification consistait à ajouter à la définition les personnes qui assurent un service de transport de marchandises ou fournissent un tel service.

[35] Greer a dit que comme le *MS Trade Carrier* était un navire de charge, le ministre devait établir, pour soutenir qu’il pouvait imposer à Greer la responsabilité de payer les frais du renvoi de M. Nizam, qu’il convenait d’appliquer la définition modifiée du

referring to those who transport goods, which applies.

[36] Greer then submitted that to so argue the 1993 amendment must be given retroactive effect, but that there are presumptions that legislation is not intended to have a retroactive application and that legislation is not intended to interfere with vested or accrued rights. Greer stated that while these presumptions can be rebutted, there must be a clear indication of Parliament's intent to legislate with retroactive effect. Greer submitted that a review of the amending legislation reveals no such intent, and in fact supports the opposite view. Greer pointed to section 119 of the amending legislation which provides that:

119. The financial liability of a person under any provision of the *Immigration Act* amended by this Act that arises from any act or omission done before the coming into force of the amendment to that provision shall be determined as though the amendment were not in force.

[37] In my view this issue is to be determined by properly interpreting section 119 of the amending legislation. In turn, this requires determination of whether Greer's financial liability is under any provision of the Act amended by the amending legislation, and if so whether the liability arises from any act or omission done before February 1, 1993.

[38] Greer's financial liability, if any, is triggered by subsection 87(3) of the Act which makes a transportation company liable, on demand, to reimburse Her Majesty. Subsection 87(3) of the Act was not substantively amended by the amending legislation.

[39] However, for any liability to be triggered in the case of a deserting crew member, pursuant to subsection 87(1) of the Act, the transportation company must have been required, pursuant to section 86 of the Act, to convey, or cause to be conveyed, the person from Canada.

terme «transporteur», qui renvoie aux personnes qui assurent un service de transport des marchandises.

[36] Greer a ensuite soutenu que pour faire une telle prétention, le ministre devait considérer que la modification de 1993 avait un effet rétroactif, mais qu'il existe des présomptions selon lesquelles on ne doit pas considérer que la loi s'applique de façon rétroactive et qu'elle a une incidence sur des droits acquis. Greer a dit que bien que ces présomptions puissent être réfutées, il devait y avoir une indication claire que le législateur entendait adopter une disposition ayant un effet rétroactif. Greer a fait valoir qu'un examen de la loi modificative ne laissait pas entrevoir une telle intention, mais qu'en fait, il était plutôt l'opinion contraire. Greer a mentionné l'article 119 de la loi modificative, qui prévoyait:

119. L'obligation financière qui incombe à une personne aux termes d'une disposition de la *Loi sur l'immigration* modifiée par une disposition de la présente loi est déterminée, si elle découle d'un fait—acte ou omission—commis avant l'entrée en vigueur de cette disposition, comme si celle-ci n'était pas en vigueur.

[37] À mon avis, il convient de trancher cette question par une interprétation convenable de l'article 119 de la loi modificative, ce qui exige qu'on détermine si la responsabilité financière de Greer découle de l'une ou l'autre disposition de la Loi modifiée par la loi modificative, et, le cas échéant, si sa responsabilité est engagée par suite d'un quelconque fait—acte ou omission—qui remonte à la période avant le 1^{er} février 1993.

[38] La responsabilité financière de Greer, s'il en est, découle du paragraphe 87(3) de la Loi, qui prévoit que le transporteur est tenu de rembourser à Sa Majesté, sur demande, les frais de renvoi. Or, le paragraphe 87(3) de la Loi n'a pas été modifié substantiellement par la loi modificative.

[39] Cependant, pour que la responsabilité du transporteur soit engagée relativement à un marin déserteur, conformément au paragraphe 87(1) de la Loi, le transporteur doit avoir été avisé de l'obligation de transport de la personne à destination du pays d'où elle est arrivée que lui impose l'article 86 de la Loi.

[40] Subsection 87(1) and section 86 of the Act were amended by the amending legislation.

[41] I therefore conclude that Greer's financial liability would attach under a provision of the Act which was amended.

[42] The next inquiry required by section 119 of the amending legislation is whether the liability arises from any act or omission done prior to the amendments coming into force. The Minister argued that liability did not arise until after Mr. Nizam was removed from Canada in 1998 and until demand for payment was made thereafter.

[43] While I agree that there was no obligation on Greer to pay until then, I do not agree this is determinative of the issue. Greer's liability did not arise solely out of the Minister's demand. Liability was founded on acts Greer is alleged to have been responsible for which took place in 1992. For there to be any liability on Greer, Mr. Nizam must have entered Canada as a crew member and subsequently ceased to be a visitor. In the absence of those acts there could be no requirement under subsection 87(1) of the Act on Greer as an alleged agent of a transportation company. Those events took place in 1992.

[44] Thus I find, within the context of section 119 of the amending legislation, that Greer's alleged financial liability arises from acts done before February 1, 1993. Therefore pursuant to that section Greer's liability should be determined as though the definition of a transportation company did not refer to goods, under the prior definition of a transportation company.

(iii) Is Greer an agent of a transportation company within the applicable definition of the Act?

[45] The Minister argued that irrespective of which definition applies, Greer is liable because there is no

[40] Or, le paragraphe 87(1) et l'article 86 de la Loi ont été modifiés par la loi modificative.

[41] Je conclus donc que la responsabilité financière de Greer découlerait d'une disposition de la Loi qui a été modifiée.

[42] La prochaine question à trancher que soulève l'article 119 de la loi modificative est de savoir si la responsabilité est engagée par suite d'un fait—acte ou omission—survenu avant l'entrée en vigueur des modifications. Le ministre a soutenu que la responsabilité n'était engagée qu'après le renvoi de M. Nizam du Canada en 1998 et que lorsqu'une demande de paiement a été faite par la suite.

[43] Bien que je sois d'accord qu'aucune obligation de payer n'incombait à Greer jusqu'à ce moment-là, je n'accepte pas que cela permette de trancher la question. La responsabilité de Greer ne découlait pas exclusivement de l'exigence du ministre. Elle découlait également d'actes dont Greer aurait été responsable qui auraient été commis en 1992. En effet, pour que la responsabilité de Greer soit engagée, il fallait nécessairement que M. Nizam soit entré au Canada en tant que membre d'un équipage et qu'il ait par la suite cessé d'être un visiteur. En l'absence de ces actes, il ne pouvait y avoir d'exigence, aux termes du paragraphe 87(1) de la Loi, à laquelle Greer devait satisfaire en tant que mandataire d'un transporteur. Or, ces événements sont survenus en 1992.

[44] Je conclus donc, dans le contexte de l'article 119 de la loi modificative, que la responsabilité financière qui aurait incombé à Greer découlerait d'actes commis avant le 1^{er} février 1993. En conséquence, j'estime qu'en vertu de cet article, la responsabilité de Greer doit être établie comme si la définition du terme «transporteur» ne renvoyait pas à des marchandises, conformément à l'ancienne définition de ce terme.

(iii) Greer est-elle mandataire d'un transporteur au sens de la définition applicable que contient la Loi?

[45] Le ministre a soutenu que peu importe la définition qu'on applique, la responsabilité de Greer

requirement for a transportation company's business to be that of transporting persons for hire.

[46] The Minister submitted that in both the 1976 Act, and in the amended version, the definition of a "transportation company" includes any vessel which carries persons, irrespective of whether goods or passengers were on board. The Minister relied upon the decision of the Federal Court of Appeal in *Flota Cubana de Pesca (Cuban Fishing Fleet) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 2 F.C. 303, at page 321.

[47] Greer submitted that the M/V *Trade Carrier* was a cargo carrier, and hence was not a transportation company under the previous definition found in the Act.

[48] In *Flota Cubana*, the Court of Appeal considered the current definition of a "transportation company". The Court rejected the submission that only those companies the primary business of which was the transportation of persons or goods for hire may be held liable for the costs of removing crew members. The Court of Appeal found that the term "transportation company" is meant to apply to all companies which transport or provide for the transportation of persons or goods, by vehicle or otherwise. It is not restricted to companies the primary business activities of which involve the transportation of persons or goods for hire.

[49] While the Court of Appeal did not interpret the definition of a transportation company contained in the 1976 Act, I find nothing in its analysis which turned on the presence of the words "or goods" added to the definition in the 1992 amendment, or on the phrase "transporting or providing for the transportation" which was substituted for the phrase "carrying or providing for the transportation".

[50] The Court of Appeal was strongly influenced by the presence in the Act of a number of provisions directed to recovery of expenses associated with

est engagée vu qu'il n'existe pas d'exigence prévoyant que le transporteur doit s'adonner au transport en location de voyageurs.

[46] Le ministre a fait valoir que dans la Loi de 1976, de même que sa version modifiée, la définition de «transporteur» vise tout navire qui transporte des personnes, peu importe qu'il y ait eu à son bord des marchandises ou des passagers. Le ministre s'est fondé sur l'arrêt *Flota Cubana de Pesca (Flotte de pêche cubaine) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 2 C.F. 303, de la Cour d'appel fédérale, à la page 321.

[47] Greer a fait valoir que le MS *Trade Carrier* était un navire de charge et qu'en conséquence, il ne constituait pas un transporteur au sens de l'ancienne définition de la Loi.

[48] Dans l'arrêt *Flota Cubana*, la Cour d'appel a examiné la définition actuelle du terme «transporteur». La Cour d'appel a rejeté la prétention selon laquelle seuls les transporteurs dont l'activité principale consiste à transporter en location des voyageurs ou des marchandises peuvent être tenus responsables des frais de renvoi de membres d'équipage. La Cour d'appel a conclu que le terme «transporteur» s'applique à toutes les entreprises qui assurent un service de transport de voyageurs ou marchandises, par véhicule ou tout autre moyen, ou fournissent un tel service. Il ne se limite pas aux seules entreprises dont l'activité principale fait intervenir le transport en location de voyageurs ou marchandises.

[49] Bien que la Cour d'appel n'ait pas interprété la définition de «transporteur» que comprenait la Loi de 1976, j'estime qu'aucun aspect de son analyse ne dépendait de la présence des mots «ou de marchandises» que la modification de 1992 a ajoutés à la définition, ou de l'expression «qui assurent un service de transport [. . .] ou fournissent un tel service», qui a été remplacée par l'expression «qui transportent ou font transporter».

[50] La Cour d'appel a été fortement influencée par la présence dans la Loi d'un certain nombre de dispositions en matière de recouvrement des frais que

removal of deserted crew members, and noted that crew members may be conveyed into Canada on a vessel irrespective of whether the vessel was used primarily for the transportation of persons or of goods for hire.

[51] The Court specifically rejected one of the strongest arguments urged before me on Greer's behalf: that significance should be taken from the fact that the French version of the current definition refers to "*transport de voyageurs*" which is suggestive of travellers or passengers.

[52] The *M/V Trade Carrier* without doubt transported Mr. Nizam to Canada as a crew member. Thus, applying the principles articulated by the Court of Appeal in the *Flota Cubana* case, I find that the owner/operator of the *M/V Trade Carrier* was a "transportation company" as defined in the Act as it was in 1992.

[53] It is next necessary to consider if Greer was an "agent" of that transportation company.

[54] The word "agent" as found in both the former and current definition of a "transportation company" is capable of two meanings. The word may be used in the generic sense of one who is a representative or medium of another. "Agent" may also mean a more formal relationship where one is considered at law to represent another in a manner so as to be able to affect the principal's legal position with strangers to the agency relationship.

[55] Greer stated that the use of the title "agent" does not of itself create an agency relationship and that the Minister has used the word "agent" as found in the definition in the generic sense when the statutory definition of a transportation company requires the more formal meaning of the word.

[56] In support of that submission Greer argued that when construing bilingual legislation the traditional approach is to find and give meaning to the provision

suscite le renvoi de marins déserteurs, et elle a fait remarquer que des marins pouvaient être transportés vers le Canada à bord d'un navire, peu importe que le navire servait ou non principalement au transport en location de voyageurs ou de marchandises.

[51] La Cour d'appel a expressément rejeté l'un des arguments les plus forts qui m'ont été présentés pour le compte de Greer, soit que le fait que la version française de la définition actuelle renvoie au «transport de voyageurs», qui laisse entendre des voyageurs ou passagers, est significatif.

[52] Il ne fait pas de doute que le *MS Trade Carrier* a transporté M. Nizam vers le Canada en tant que membre de son équipage. En conséquence, appliquant les principes que la Cour d'appel a énoncés dans l'arrêt *Flota Cubana*, j'estime que le propriétaire/exploitant du *MS Trade Carrier* était un «transporteur» au sens de la définition que comprenait la Loi en 1992.

[53] Il est ensuite nécessaire d'examiner la question de savoir si Greer était le «mandataire» d'un transporteur.

[54] Le mot «mandataire», qui se trouve dans l'ancienne et l'actuelle définitions de «transporteur», peut avoir deux sens. En effet, il peut avoir un sens générique, soit désigner le représentant ou l'intermédiaire d'une autre personne. Par ailleurs, le mot «mandataire» peut également désigner une relation plus formelle dans laquelle on considère, en droit, qu'une personne en représente une autre de sorte qu'elle est en mesure d'influer sur la situation juridique du commettant à l'égard de tierces parties.

[55] Greer a dit que l'utilisation du titre «mandataire» ne crée pas en soi une relation de mandataire, et que le ministre a utilisé le mot «mandataire» qui se trouve dans la définition dans son sens générique, alors que la définition légale du «transporteur» renvoie au sens plus formel de ce mot.

[56] Pour étayer cette prétention, Greer a soutenu que la démarche traditionnelle en matière d'interprétation de lois bilingues consiste à identifier le sens que

which is shared by both versions of the legislation.

[57] Greer pointed to the fact that the French version of the definition of a transportation company uses not the word “agent” but the word “mandataires”. “Mandataires” was said to put some practical and logical limit on the definition of a transportation company and to show that the intent of Parliament was to impose financial responsibility on those truly involved in bringing undocumented people to Canada. The Minister’s interpretation was said by Greer to result in unfair, unjust and absurd results.

[58] I begin my analysis by having regard to the direction from the Federal Court of Appeal in *Flota Cubana*, at pages 316-317, that courts must continue to employ ordinary principles of statutory interpretation when construing bilingual legislation: “[t]he object of the inquiry, therefore, is to search out and give expression to the legislature’s intention in light of the statute’s purpose, the context in which it was enacted and other interpretive strategies”.

[59] As to the statute’s purpose, in *Flota Cubana*, at page 321, the Court of Appeal found that the “overarching purpose [of the legislation at issue] is to transfer the costs associated with the entry of persons without status into Canada, and their subsequent removal, from the federal government to the transportation companies which brought these persons into the country. The provisions in Part V also assist in furthering the overall object of the Act, by discouraging transportation companies from conveying persons to Canada who are not legally entitled to be or remain here”.

[60] Having regard to the purpose of Part V of the Act to transfer removal costs to the company “which brought those persons into the country” and to discourage transportation companies from bringing in illegal entrants, I believe that the more restrictive meaning reflected in the French version of the definition of a “transportation company” best accords with the purpose of Part V of the Act. The “one-off” nature

partagent l’une et l’autre des versions de la disposition et de lui conférer un tel sens.

[57] Greer a souligné le fait que la version française de la définition de «transporteur» n’utilise pas le mot «agent», mais plutôt le mot «mandataire». Or, a-t-on soutenu, le mot «mandataire» impose une certaine limite pratique et logique à la définition de «transporteur», et il démontre que l’intention du législateur était d’imposer une responsabilité financière aux transporteurs véritablement impliqués dans le transport de personnes sans papiers vers le Canada. Greer a fait valoir que l’interprétation du ministre donnait lieu à des résultats inévitables, injustes et absurdes.

[58] J’entame mon analyse en considérant les directives de la Cour d’appel fédérale qui se trouvent aux pages 316 et 317 de l’arrêt *Flota Cubana*, selon lesquelles les tribunaux doivent continuer à utiliser les principes ordinaires d’interprétation législative pour interpréter les lois bilingues: «[l]e but de notre interrogation doit donc consister à découvrir et à donner effet à l’intention du législateur, en regard de l’objet de la loi, du contexte dans lequel elle a été édictée et des autres stratégies d’interprétation».

[59] Pour ce qui est de l’objectif que vise la loi, la Cour d’appel a conclu, dans l’arrêt *Flota Cubana*, à la page 321, que le «but principal [de la loi en cause] consiste à libérer le gouvernement fédéral des coûts associés à l’entrée de personnes sans statut au Canada et à leur renvoi subséquent en les imputant plutôt aux transporteurs qui les ont amenées au pays. Les dispositions de la partie V favorisent également la réalisation de l’objectif général de la Loi en décourageant les transporteurs d’amener au Canada des personnes qui n’ont pas le droit d’y entrer ou d’y demeurer».

[60] Pour ce qui est de l’objectif de la partie V de la Loi, qui consiste à imputer les frais de renvoi aux transporteurs «qui [. . .] ont amené [. . .] [de telles personnes] au pays» et à décourager les transporteurs d’amener au Canada des personnes qui n’ont pas le droit d’y entrer ou d’y demeurer, j’estime que le sens plus restrictif qui se reflète dans la version française de la définition du «transporteur» est le sens le plus

of a shipping agent's relationship with a vessel and the fact that such relationship might be created when a vessel is already out of port carrying stowaways and *en route* to Canada, is such that I cannot reasonably conclude that a simple medium can be said to bring illegal entrants into Canada or to have any meaningful ability to discourage transportation vessels from bringing those people to Canada. I accept that requiring an "agent" to be a true agent in the legal sense puts a logical and practical limit on the definition of a transportation company, and that such limit best accords with the purpose of the legislation.

[61] Notwithstanding the broad interpretation given to the definition of a transportation company by the Court of Appeal in *Flota Cubana*, I find nothing in the reasons of the Court which requires the imposition of liability on an entity which has only a casual connection to a vessel.

[62] Similarly, I find nothing in my interpretation which would be contrary to the purpose of Part V of the Act. By July 28, 1992, the captain of the M/V *Trade Carrier* certified to Immigration authorities that Mr. Nizam failed to be aboard the vessel when it departed Vancouver. The vessel remained in Canadian waters until August 1, 1992. Immigration authorities were free during that period to seize or detain the vessel for the purpose of ensuring payment, or the posting of security for payment, of removal costs. The broader interpretation of "agent" is not needed for recourse to be available.

[63] Moreover, when construing legislation, as a general rule, unjust or unreasonable results are viewed to be absurd results, and hence, unintended. The Minister's interpretation captures a number of different circumstances. It appears that as long as a shipping agent such as Greer provided any service to a vessel, no matter how insignificant, and whether as agent for the charterer of a vessel, the shipper of cargo, or the receiver of cargo, it would be liable as a transportation

conforme à cet objectif. Compte tenu de la nature «particulière» du lien qui existe entre l'agent maritime et le navire, et du fait qu'un tel lien peut être établi une fois que le navire a déjà quitté le port avec des passagers clandestins et qu'il est en route pour le Canada, je ne peux raisonnablement conclure qu'on puisse soutenir qu'un simple intermédiaire fait entrer au Canada des personnes qui n'ont pas le droit d'y entrer ou d'y demeurer, ou qu'il a une quelconque capacité de dissuader les navires de transport d'amener de telles personnes au Canada. J'accepte qu'exiger qu'un «agent» soit un véritable mandataire au sens juridique du terme impose une limite logique et pratique à la définition du «transporteur», et qu'une telle limite est ce qu'il y a de plus conforme à la loi.

[61] Malgré l'interprétation large que la Cour d'appel a donnée à la définition du terme «transporteur» dans l'arrêt *Flota Cubana*, j'estime que les motifs de la Cour n'exigent nullement qu'une responsabilité soit imposée à une entité qui n'entretient qu'un lien occasionnel avec un navire.

[62] De la même façon, j'estime que mon interprétation ne va nullement à l'encontre de l'objectif de la partie V de la Loi. Le 28 juillet 1992, le commandant du MS *Trade Carrier* avait certifié aux autorités de l'Immigration que M. Nizam n'était pas à bord du navire quand ce dernier a quitté Vancouver. Or, le navire est demeuré en eaux canadiennes jusqu'au 1^{er} août 1992. Les autorités de l'Immigration pouvaient, au cours de cette période, saisir ou détenir le navire pour s'assurer que les frais de renvoi en cause leur seraient remboursés, ou encore obtenir une garantie de paiement. Il n'est pas nécessaire d'interpréter largement le terme «mandataire» pour que le recours soit disponible.

[63] En outre, il existe une règle générale en matière d'interprétation des lois selon laquelle les résultats injustes ou déraisonnables sont considérés comme étant absurdes et, partant, non voulus. Or, l'interprétation que propose le ministre vise un certain nombre de circonstances distinctes. Il semble qu'aussi longtemps qu'un agent maritime tel Greer fournissait des services à un navire, peu importe que de tels services aient été négligeables et qu'il ait agi en tant que mandataire de

company. Greer argued that under the Minister's interpretation the Canadian Wheat Board would be an agent of a transportation company where it arranges for a terminal to load cargo on a vessel, and that a bunker broker who, for commission, arranged for the sale of fuel to a vessel in port would be an "agent thereof".

[64] Requiring a formal agency relationship to exist places a shipping agent or other entity in such proximity to the transportation company that the formal agent could be said to at least have some ability to discourage transportation vessels from bringing illegal entrants to Canada. It also makes it more likely that an agreement could be reached as to indemnification of the agent by the principal, a factor which might of itself provide one disincentive to owners and operators of vessels.

[65] Having concluded that the definition of a "transportation company" requires a formal agency relationship when referring to "any agent", it is next necessary to consider whether Greer established that the Minister's decision treating it as the "agent" of a person or group of persons carrying or providing for the transportation of persons does not meet the standard of reasonableness *simpliciter*.

[66] As to the nature of a formal agency relationship, in *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170, the majority of the Supreme Court of Canada commented in the following manner at pages 183 and 184:

The Nature of Agency

In *The Law of Agency* (5th ed. 1983), Fridman suggests at p. 9 the following definition of agency:

Agency is the relationship that exists between two persons when one, called the *agent*, is considered in law to represent the other, called the *principal*, in such a way as to be able to affect the principal's legal position in respect

l'affréteur d'un navire, du chargeur de la cargaison ou du réclamateur de celle-ci, sa responsabilité serait engagée en tant que transporteur. Greer a soutenu qu'en vertu de l'interprétation que propose le ministre, la Commission canadienne du blé serait le mandataire d'un transporteur lorsqu'elle prendrait des dispositions pour qu'un terminal charge une cargaison dans un navire, et qu'un courtier en carburant qui, moyennant une commission, prendrait des dispositions en vue de la vente de carburant à un navire qui se trouve dans un port serait un «mandataire de ce dernier».

[64] Exiger qu'il existe une relation de mandataire en bonne et due forme met un agent maritime ou une quelconque autre entité dans une position si proche du transporteur qu'on pourrait soutenir que le mandataire en bonne et due forme a, à tout le moins, une certaine capacité de dissuader les navires de transport de faire entrer illégalement des individus au Canada. Une telle exigence rend également plus probable la conclusion d'une entente visant l'indemnisation de l'agent par le commettant, un facteur qui, en soi, pourrait dissuader les propriétaires et exploitants de navires.

[65] Comme j'ai conclu que la définition de «transporteur» exige qu'il y ait une relation de mandataire en bonne et due forme lorsqu'elle renvoie aux «mandataires», je dois maintenant trancher la question de savoir si Greer a établi que la décision du ministre de la considérer comme étant le «mandataire» d'une personne ou d'un groupe de personnes qui transportent ou font transporter des personnes satisfait ou non à la norme de la décision raisonnable *simpliciter*.

[66] Pour ce qui est de la nature de la relation de mandataire en bonne et due forme, les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada ont fait les remarques suivantes dans l'arrêt *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170, aux pages 183 et 184:

La nature du mandat

Dans *The Law of Agency* (5^e éd. 1983), Fridman propose, à la p. 9, la définition suivante du mandat:

[TRADUCTION] Le mandat est le rapport qui existe entre deux personnes dont l'une, l'*agent*, est en droit considérée comme la représentante de l'autre, le *commettant*, si bien que cet agent peut, par la conclusion de contrats ou

of strangers to the relationship by the making of contracts or the disposition of property. [Emphasis in original.]

The principal must be able to place trust and confidence in the agent since the agent has the authority to affect the legal position of the principal. This is perhaps the focus of the relationship. In essence the agent acts to achieve the same results that would have been obtained if the principal had acted on his or her own account. The influence the agent can have on the affairs of the principal and the power to take action on behalf of the principal are significant. They are of such great significance that it follows as the night the day that the agent must always act in the best interests of the principal.

[67] In *Trophy Foods Inc. v. Scott et al.* (1995), 140 N.S.R. (2d) 92, the Nova Scotia Court of Appeal, at page 101, quoted with approval from Fridman's *The Law of Agency*, 4th ed. and paraphrased the thesis of his treatise as "[t]he essence of a true principal and agency relationship is the power of the agent to affect the legal position of the principal by entering into contracts with third parties that bind the principal".

[68] Greer submitted that it was not an agent for the following reasons:

(a) it was not hired by the owner or the operator of the vessel, but rather was hired indirectly by the charterer of the vessel; and

(b) it had no authority to bind the principal or to alter the legal position of the principal.

[69] In advancing the argument that Greer was not an agent of a transportation company because it was hired not by the vessel's owner or operator but rather was hired by the charterer's agent, Greer placed reliance on the distinction to be made between those providing services at a charterer's request and those supplying services at the owner's request. Greer relied upon the decision of the Federal Court of Appeal in *Jian Sheng Co. v. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 F.C. 418 to assert that absent a partnership or a joint venture agreement, the operation of a vessel for the carriage of goods by sea is not a joint venture between the owner and the charterer.

l'aliénation de biens, influencer sur la situation juridique du commettant à l'égard de tierces parties. [En italique dans l'original.]

Le commettant doit pouvoir faire confiance à l'agent car ce dernier peut influencer sur sa situation juridique. C'est peut-être là l'élément central du rapport. Essentiellement, l'agent vise à atteindre les mêmes résultats que ceux qu'aurait atteints le commettant s'il avait agi pour son compte. L'agent peut exercer une si grande influence sur les affaires du commettant et il possède un si grand pouvoir d'agir pour le compte de ce dernier qu'il doit, cela va de soi, agir en tout temps au mieux des intérêts du commettant.

[67] Dans son arrêt *Trophy Foods Inc. v. Scott et al.* (1995), 140 N.S.R. (2d) 92, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a cité avec approbation, à la page 101, l'ouvrage de Fridman intitulé *The Law of Agency*, 4^e éd., et a paraphrasé la thèse du traité de ce dernier, mentionnant que [TRADUCTION] «l'essence même d'une véritable relation entre commettant et agent est le pouvoir de celui-ci d'influer sur la situation juridique du commettant en concluant des contrats avec des tiers qui lient le commettant».

[68] Greer a soutenu qu'elle n'était pas un mandataire pour les raisons suivantes:

a) ce n'est pas le propriétaire ou l'exploitant du navire qui a fait appel à ses services, mais plutôt l'affrètement du navire; et

b) elle n'avait pas le pouvoir de lier le commettant ou de modifier la situation juridique de ce dernier.

[69] Pour soutenir qu'elle n'était pas le mandataire d'un transporteur vu ce n'est pas le propriétaire ou l'exploitant du navire qui a fait appel à ses services, mais plutôt l'affrètement, Greer s'est fondée sur la distinction qu'on doit faire entre ceux qui fournissent des services à la demande d'un affrètement et ceux qui le font à la demande du propriétaire. Greer s'est fondée sur l'arrêt *Jian Sheng Co. c. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 C.F. 418, de la Cour d'appel fédérale pour soutenir qu'en l'absence d'un contrat de société ou d'une entente de coentreprise, l'exploitation d'un navire en vue du transport de marchandises par mer ne constitue pas une coentreprise du propriétaire et de l'affrètement.

[70] With respect to this submission, the evidence before me is to the following effect. Greer received a telex dated July 17, 1992, from Brokerage instructing Greer, among other things, to “handle the agency” of the vessel and to keep Brokerage “constantly advised of all loading instructions [Greer] received from charterers”. In a subsequent telex, Greer sought instructions from Brokerage with respect to possible overtime for berthing and with respect to the bill of lading release. Brokerage advanced monies for disbursements to Greer on July 22, 1992. Further communication indicates that the shipowner approved a sample bill of lading submitted by Greer regarding the cargo, and that Greer was given authorization to sign bills of lading on behalf of the Master/vessel “in strict conformity with the sample”. A letter providing such authorization referred to Greer as the “Charterer’s agents”. Greer’s disbursement account submitted to Brokerage setting out charges in relation to the various services provided by Greer referred to Brokerage as the “Principal” and under the subheading “General” (expenses) included an “Agency Fee”. In a telex dated July 28, 1992, Greer advised Brokerage that six crew members had deserted from the vessel, that CIC would require a bond totalling US\$30,000 and that Greer would notify Brokerage when it received an invoice. Another telex received by Greer was to the effect that Brokerage, on behalf of the shipowners, gave instructions to the vessel Master as to the specific wording of the bill of lading. On July 28, 1992, Greer advised Brokerage that “Greer Shipping Ltd. as agents for Dyson NY hereby hold[s] the Master and/or owners responsible for any delay costs relating to the Master’s refusal to sign the bill of lading as stipulated in the charter party.” Finally, the Crew Index form completed in respect of the deserted crew member Mr. Nizam, dated July 30, 1992, noted Greer Shipping Ltd. to be the carrier’s “agent”.

[71] From the evidence it therefore appears that Greer performed services and worked as a representa-

[70] En ce qui concerne cette prétention, voici ce qu’il ressort de la preuve qui m’a été soumise. Greer a reçu un télex daté du 17 juillet 1992 de Brokerage, dans lequel cette dernière lui demandait notamment [TRADUCTION] «[d’]agir en tant que mandataire» du navire et de la tenir [TRADUCTION] «constamment au courant de toutes les directives de chargement que [Greer] recevrait des affréteurs». Dans un télex ultérieur, Greer demandait des directives à Brokerage concernant la possibilité que l’accostage donne lieu de temps supplémentaire et à l’égard de la délivrance du connaissement. Brokerage a remis des fonds à Greer afin de couvrir les débours de celle-ci le 22 juillet 1992. Il ressort d’une autre communication que le propriétaire du navire avait approuvé un échantillon de connaissement que Greer avait soumis à l’égard de la cargaison, et que Greer avait reçu l’autorisation de signer des connaissements pour le compte du commandant du navire [TRADUCTION] «strictement conformes à l’échantillon». Une lettre conférant cette autorisation à Greer renvoyait à celle-ci en tant que [TRADUCTION] «mandataires de l’affréteur». La note de débours que Greer avait soumise à Brokerage et qui établissait les frais relatifs aux divers services qu’elle avait fournis mentionnait que Brokerage était le «commettant», et elle comprenait, sous la rubrique intitulée [TRADUCTION] «Général (dépenses)», une [TRADUCTION] «commission de mandataire». Dans un télex daté du 28 juillet 1992, Greer informait Brokerage que six membres de l’équipage avaient quitté le navire, que CIC exigerait un cautionnement de 30 000 \$US, et qu’elle l’aviserait lorsqu’elle recevrait une facture. Selon un autre télex que Greer avait reçu, Brokerage avait, pour le compte des propriétaires du navire, donné des directives précises au commandant du navire au sujet du libellé du connaissement. Le 28 juillet 1992, Greer a informé Brokerage que [TRADUCTION] «Greer Shipping Ltd., en tant que mandataires de Dyson NY, tient par la présente le commandant et/ou les propriétaires du navire responsables de tout frais de retard liés au refus du commandant de signer le connaissement comme le stipule la charte-partie». Enfin, la fiche de marin qui avait été remplie à l’égard du marin déserteur M. Nizam, datée du 30 juillet 1992, mentionnait que Greer Shipping Ltd. était le «mandataire» du transporteur.

[71] Il ressort donc de la preuve que Greer avait fourni des services et travaillé en tant que représen-

tive for both the shipowner/operator (through Brokerage), and the charterer (through Dyson).

[72] This undercuts the effect of Greer's submission that it was not hired by the vessel's owner/operator. At the least Greer was providing services to, and acting on behalf of, the owner/operator with implicit consent.

[73] Moreover, while Greer relies on the *Jian Sheng*, *supra*, decision to argue that a charterer is not necessarily a carrier, I am not certain that this distinction, drawn in cases of liability for the carriage of goods at sea, is applicable to consideration of the definition of a "transportation company" under the Act. That definition does not make relevant issues of vessel ownership or charterer's status, but rather looks to that person or group of persons who "transport" or "provide" for the transportation of persons or goods. Given the policy which underlies Part V of the Act, it may well be that either the charterer or the owner of a vessel may be a transportation company to the extent that they transport or provide for the transportation of persons or goods.

[74] Finally, Greer's submission that it is not an "agent" because it was not hired by the owner or operator of the vessel is not supported by authority which has considered the general position of a ship's agent when acting for shipowners and charterers. In *Blandy Brothers & Co., Lda. v. Nello Simoni, Ltd.*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 393 (C.A.), the Court had before it a claim by shipping agents against the charterer of a number of vessels. In the course of the decision the Court commented, as a matter of law, on the authority of a ship's agent. In response to the question [at page 403], "[i]s it possible to deduce from general principles and from the general law relating to the obligations of shipowners and charterers in a situation such as this what the scope of the ship's agent's authority must be unless there is some evidence which tends to enlarge it or restrict it?", Lord Justice Pearson noted, at page 404, "[t]he ship's agent

tante du propriétaire/exploitant du navire (par l'entremise de Brokerage) ainsi que de l'affrèteur (par l'entremise de Dyson).

[72] Cela a pour effet de miner la prétention de Greer selon laquelle le propriétaire/exploitant du navire n'avait pas retenu ses services. À tout le moins, Greer fournissait des services au propriétaire/exploitant du navire et agissait pour le compte de ce dernier avec son consentement implicite.

[73] En outre, bien que Greer se fonde sur la décision *Jian Sheng*, précitée, pour soutenir qu'un affrèteur n'est pas nécessairement un transporteur, je ne suis pas convaincue que cette distinction, qu'on établit dans les cas de responsabilité à l'égard du transport de marchandises par mer, s'applique à l'examen de la définition du «transporteur» aux termes de la Loi. Cette définition ne rend pas pertinentes les questions de la propriété du navire ou du statut de l'affrèteur; elle renvoie plutôt à la personne ou au groupe de personnes qui «transportent» ou «organisent» le transport de personnes ou de marchandises. Compte tenu des considérations qui sous-tendent la partie V de la Loi, il se peut fort bien que l'affrèteur ou encore le propriétaire d'un navire constitue un transporteur dans la mesure où il transporte ou organise le transport de personnes ou de marchandises.

[74] Enfin, la prétention de Greer qu'elle n'est pas un «mandataire» parce que ni le propriétaire ni l'exploitant du navire n'a retenu ses services n'est pas étayée par les décisions qui ont examiné la position générale dans laquelle se trouvait l'agent maritime qui agissait pour le compte de propriétaires de navires ou d'affrèteurs. Dans l'arrêt *Blandy Brothers & Co., Lda. v. Nello Simoni, Ltd.*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 393 (C.A.), la Cour était saisie d'une demande d'agents maritimes contre l'affrèteur d'un certain nombre de navires. Dans sa décision, la Cour a fait des remarques, sur le plan du droit, au sujet du pouvoir de l'agent d'un navire. En réponse à la question de savoir si [à la page 403] [TRADUCTION] «on peut déduire de principes généraux et du droit en général concernant les obligations des propriétaires de navires et affrèteurs dans une situation comme la présente affaire quelle doit être la portée du pouvoir de l'agent du

is, in the normal case, the agent of the shipowner at the particular port, and the ship's agent, therefore, at that port stands in the shoes of the shipowner; and it is reasonable to suppose that he has the authority to do whatever the shipowner has to do at that port". Lord Justice Diplock agreed noting, at page 404, "[i]n those circumstances it seems to me that the learned Judge was right in saying, as he did, that the ship's agent's authority, in the absence of specific instructions, is a matter of general law. In this case, the plaintiffs were appointed ship's agents to load five cargoes at Funchal on five different ships. Such instructions, in my view, authorize the agent to perform at the port those duties which are incumbent upon the shipowner in relation to the carriage of the goods".

[75] In any event, I believe it preferable to analyse the nature of Greer's relationships and whether they qualify to make Greer an agent in the formal sense in all the circumstances of this matter. The fact that Greer was appointed to act in respect of the vessel by Dyson is merely one of the circumstances of the case. It alone, in my view, is not determinative of whether Greer operated as an agent of a transportation company.

[76] As to the nature of Greer's relationships, it is evident that the parties themselves used language indicative that they operated in an "agency" relationship. The agreement between Greer and Brokerage was for Greer to carry out the "agency of the vessel" for which Greer was paid an "agency fee" by its "principal", Brokerage. The Master of the vessel also appears to have noted Greer as the ship's "agent" on the Crew Index form submitted to Employment and Immigration Canada. However, the language used by the parties is not determinative of the true nature of the relationship.

navire à moins qu'une quelconque preuve tend à l'élargir ou le restreindre», le lord juge Pearson a souligné, à la page 404, que [TRADUCTION] «l'agent du navire est habituellement l'agent du propriétaire au port en question, et il agit donc, à ce port, pour le compte du propriétaire du navire; et il est raisonnable de supposer qu'il a le pouvoir de faire tout ce que le propriétaire du navire doit faire à ce port». Le lord juge Diplock a souscrit à cet avis, faisant remarquer, à la page 404, que [TRADUCTION] «dans ces circonstances, il me semble que le juge avait raison de dire, comme il l'a fait, que le pouvoir de l'agent du navire, en l'absence de directives précises, est une question de droit général. En l'espèce, les demandeurs ont été désignés en tant qu'agents du navire en vue du chargement de cinq cargaisons à Funchal à bord de cinq navires distincts. De telles directives, à mon avis, autorisent l'agent à remplir, au port, les tâches qui incombent au propriétaire du navire en ce qui concerne le transport des marchandises».

[75] Quoi qu'il en soit, j'estime qu'il est préférable d'analyser la nature des relations de Greer et de trancher la question de savoir si elles font de cette dernière un mandataire au sens propre du terme compte tenu de l'ensemble des circonstances de la présente affaire. Le fait que Greer ait été désignée par Dyson pour prendre des mesures à l'égard du navire n'est qu'une des circonstances de l'affaire qui, en soi, n'est pas déterminante selon moi pour ce qui est de la question de savoir si Greer agissait en tant que mandataire d'un transporteur.

[76] En ce qui concerne la nature des relations de Greer, il est évident que les parties elles-mêmes ont utilisé un libellé qui indique qu'il s'agissait d'une relation de «mandataire». L'entente conclue entre Greer et Brokerage prévoyait que Greer agirait en tant que [TRADUCTION] «mandataire du navire», et qu'à ce titre, son «commettant», Brokerage, lui verserait une [TRADUCTION] «commission de mandataire». Le commandant du navire paraît également avoir mentionné sur la fiche de marin qui a été remise à Emploi et Immigration Canada que Greer était le «mandataire» du navire. Cependant, le libellé que les parties ont utilisé ne permet pas de déterminer la véritable nature de la relation.

[77] I find nevertheless that Greer's situation appears to satisfy the general definition of agency as found in the authorities: Greer had express authority to act on behalf of Brokerage, the "principal", and consented at least impliedly to so act (see: *Halsbury's Laws of England*, 3rd ed., Vol. 1, at page 145). Greer performed a service for its principal, Greer represented the vessel and Brokerage to outsiders, and Greer could have acquired rights for its principal and subjected it to liabilities by signing bills of lading.

[78] While acknowledging its authority to sign bills of lading, Greer argued that its authority to do so was "ministerial" and that it had no independent discretion. Greer relied upon *dicta* in *Berkshire, The*, [1974] 1 Lloyd's Rep. 185 (Q.B. (Adm. Ct.)) to argue that the signing of a bill of lading is a ministerial act so as to vitiate the agency quality of its relationship with the shipowner.

[79] I do not find this submission to be supported by authority. In *Paterson SS Ltd. v. Aluminum Co. of Can.*, [1951] S.C.R. 852 the Supreme Court considered the effect of a bill of lading signed by shipping agents appointed by the charterer of a vessel. Justice Rand, whose reasons were concurred with by Chief Justice Rinfret and Justice Fauteux (the other members of the Court concurring with the result), stated at page 854 as a general principle that:

For the purpose of committing cargo to carriage, the captain, the charterer and the ship's agent are all agents of the owner, acting in the name of the captain; and where the charterer has the authority, as here, to sign for the captain, that he may appoint and act by an agent would seem to me to be unquestionable.

[80] Greer also relied upon *dicta* of the learned Prothonotary Hargrave in *International Chartering Services Ltd. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 148 F.T.R. 151 (F.C.T.D.), to the effect that it was arguable, and perhaps a fact, that there the plaintiff's shipping agent was not a transpor-

[77] J'estime néanmoins que la situation de Greer paraît satisfaire à la définition générale du mandat que fournit la jurisprudence: Greer avait exprimé son pouvoir d'agir pour le compte de Brokerage, le «commettant», et avait consenti, à tout le moins de façon implicite, à remplir cette fonction (voir *Halsbury's Laws of England*, 3^e éd., vol. 1, à la page 145). Greer a fourni un service à son commettant, elle représentait le navire et Brokerage devant des tiers, et elle aurait pu acquérir des droits pour le compte de son commettant de même que lui imposer des responsabilités en signant des connaissements.

[78] Bien qu'elle ait reconnu son pouvoir de signer des connaissements, Greer a soutenu que ce pouvoir était de nature «ministérielle» et qu'elle n'avait pas de pouvoir discrétionnaire indépendant à cet égard. Greer s'est fondée sur des remarques incidentes faites dans la décision *Berkshire, The*, [1974] 1 Lloyd's Rep. 185 (Q.B. (Adm. Ct.)), pour soutenir que le fait de signer un connaissement constitue un acte ministériel qui vicie la qualité de «mandataire» de sa relation avec le propriétaire du navire.

[79] À mon avis, cette prétention n'est pas étayée par la jurisprudence. Dans l'arrêt *Paterson SS Ltd. v. Aluminum Co. of Can.*, [1951] R.C.S. 852, la Cour suprême a examiné l'effet d'un connaissement signé par des agents maritimes désignés par l'affrètement d'un navire. Le juge Rand, qui a exposé des motifs auxquels le juge en chef Rinfret et le juge Fauteux ont souscrit (les autres membres de la Cour souscrivant au résultat), a énoncé, à la page 854, le principe général suivant:

[TRADUCTION] Pour les fins du transport d'une cargaison, le capitaine, l'affrètement et l'agent du navire sont tous des mandataires du propriétaire qui agissent au nom du capitaine; et lorsque l'affrètement a le pouvoir, comme c'est le cas en l'espèce, de signer pour le capitaine, il ne fait pas de doute selon moi qu'il peut désigner un mandataire et agir par l'entremise de ce dernier.

[80] Greer s'est également fondée sur des remarques incidentes que le protonotaire Hargrave a faites dans *International Chartering Services Ltd. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 148 F.T.R. 151 (C.F. 1^{re} inst.), selon lesquelles on pouvait soutenir, voire il se pouvait même, que

tation company. However, I find the case distinguishable as there the agent appears to have lacked authority to sign bills of lading. The only connection between the agent and the owner was said to be that the agent prepared a custom's declaration for the owner and forwarded advice from Canadian Immigration authorities to the owner. As well, there is no indication from the reasons that the decision of the Court of Appeal in the *Flota Cubana* case was cited to the Prothonotary.

[81] While it is true that Greer's role was narrowly circumscribed in that Greer sought instructions from Brokerage in respect of the services provided to the vessel and could not negotiate the wording of bills of lading, I conclude that it was not unreasonable for the Minister to determine that the central criteria of an agency relationship were satisfied in the present case.

(iv) Was there any breach of procedural fairness due to delay and lack of disclosure?

[82] In arguing this point, Greer first asserted that it was denied any opportunity to participate in the decision-making process, and that there was not proper disclosure as to who made the decision, what was considered, and what the basis for the decision was. This was said to amount to a flawed process, contrary to the general duty of procedural fairness. Reliance was placed upon the decision of the Supreme Court of Canada in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817. Second, Greer asserted that there had been undue delay to the extent of breaching the duty of fairness. Reliance was placed upon *Conille v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 F.C. 33 (T.D.).

[83] On September 9, 1992, CIC wrote to Greer setting out the fact of Mr. Nizam's desertion of July 27, 1992 and stating:

l'agent maritime de la demanderesse dans cette affaire n'était pas un transporteur. Cependant, j'estime qu'on peut distinguer cette affaire de la présente espèce vu que l'agent, dans cette affaire, paraissait ne pas avoir de pouvoir de signer des connaissements. On a soutenu que le seul lien qui existait entre l'agent et le propriétaire provenait du fait que l'agent avait préparé une déclaration de douane pour le compte du propriétaire et qu'il avait transmis à ce dernier un avis qu'il avait reçu des autorités canadiennes de l'Immigration. De plus, il ne ressort nullement des motifs que le protonotaire s'est fondé sur l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Flota Cubana*.

[81] Bien qu'il faille reconnaître que le rôle de Greer avait été strictement défini étant donné qu'elle avait demandé des directives en s'adressant à Brokerage au sujet des services qu'elle devait fournir au navire et qu'elle ne pouvait négocier le libellé des connaissements, je conclus que le ministre n'a pas pris une décision déraisonnable en concluant qu'il avait été satisfait aux principaux critères de la relation de mandataire dans la présente affaire.

(iv) Une violation de l'équité procédurale a-t-elle eu lieu en raison d'un retard ou d'une absence de communication?

[82] En faisant valoir cet argument, Greer a d'abord soutenu qu'elle a été privée de l'occasion de prendre part au processus de prise de décision et qu'on ne lui a pas convenablement communiqué qui avait pris la décision, ce dont on avait tenu compte, et quel était le fondement de la décision. Elle a fait valoir qu'il s'agissait là d'un processus vicié qui allait à l'encontre de l'obligation générale de respecter l'équité procédurale. Elle s'est fondée à cet égard sur l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817. Deuxièmement, Greer a avancé qu'il y avait eu un retard indu qui avait donné lieu à une atteinte de l'obligation d'agir équitablement. Elle s'est fondée à cet égard sur la décision *Conille c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 C.F. 33 (1^{re} inst.).

[83] Le 9 septembre 1992, CIC a écrit à Greer pour l'informer du fait que M. Nizam avait déserté le navire le 27 juillet 1992, mentionnant:

Please be advised that the Immigration Act holds the transportation company liable for detention and deportation costs (Immigration Act 87(3)) and we, therefore, are asking for a deposit of five thousand dollars (\$5,000.00) under the authority of Section 93 of the Immigration Act.

We would appreciate your prompt attention to this matter.

[84] Greer made no response to that letter.

[85] Thereafter, on February 6, 1998, two days after Mr. Nizam's arrest and apprehension, CIC advised Greer by fax of Mr. Nizam's scheduled removal and advised of the estimated removal costs. Greer was asked to call if it had any questions. Greer advised that CIC could proceed with the removal and that Greer would not be making arrangements to convey Mr. Nizam.

[86] On March 6, 1998, CIC submitted to Greer a "Record of Transportation Company Liability" which named Greer as the transportation company and showed total expenses of \$10,000.09. There is no evidence of any response from Greer.

[87] Monthly statements to Greer followed, with no response.

[88] On December 31, 1998, CIC advised Greer that it would take steps to recover the debt.

[89] In view of Greer's own inaction, I can find no breach of procedural fairness. In September of 1992 Greer was put on notice that CIC would be looking to it for payment of removal costs. Greer could have taken issue with that at the time. Thereafter any delay resulted from Mr. Nizam's actions and the inability to calculate removal costs prior to the actual removal. Greer could have again objected to the respondent's position or made submissions following receipt of the fax in February of 1998. In those circumstances, I cannot conclude that the delay, or the process followed, constituted any breach of the duty of procedural fairness.

[TRADUCTION] Sachez que la Loi sur l'immigration tient le transporteur responsable des frais de détention et d'expulsion (par. 87(3) de la Loi sur l'immigration) et qu'en conséquence, nous exigeons un dépôt de cinq mille dollars (5 000 \$) en vertu des pouvoirs que confère l'article 93 de la Loi sur l'immigration.

Nous apprécierions que vous portiez rapidement attention à la présente affaire.

[84] Greer n'a pas répondu à cette lettre.

[85] Par la suite, soit le 6 février 1998, deux jours après l'arrestation de M. Nizam, CIC a envoyé une télécopie à Greer pour l'informer du renvoi prévu de M. Nizam et lui communiquer une estimation des frais qu'occasionnerait le renvoi. CIC invitait Greer à lui téléphoner si elle avait des questions. Greer a dit à CIC qu'on pouvait renvoyer M. Nizam et qu'elle ne prendrait pas de dispositions en ce qui concerne le transport de ce dernier à destination.

[86] Le 6 mars 1998, CIC a soumis à Greer un «registre des frais à la charge du transporteur» qui la désignait en tant que transporteur et l'informait du montant total des dépenses, soit 10 000,09 \$. Aucune preuve n'établit que Greer a répondu à ce registre.

[87] Des relevés mensuels ont été envoyés à Greer, mais celle-ci n'y a pas répondu.

[88] Le 31 décembre 1998, CIC a informé Greer qu'on prendrait des mesures afin de recouvrer la créance.

[89] Compte tenu de l'inaction de Greer, j'estime qu'il n'y a pas eu d'atteinte à l'équité procédurale. En septembre 1992, Greer a été avisée que CIC chercherait à se faire rembourser par elle les frais du renvoi de M. Nizam. Greer aurait pu contester cette intention de CIC à ce moment-là. Par la suite, tout retard a été suscité par les actions de M. Nizam et l'impossibilité de déterminer les frais de renvoi avant que celui-ci n'ait lieu. Greer aurait pu de nouveau s'objecter à la position du défendeur ou faire des observations après avoir reçu la télécopie de février 1998. Dans les circonstances, je ne peux conclure que le retard, ou le processus qui a été suivi, constituait une quelconque violation de l'obligation de respecter l'équité procédurale.

(v) Were the monies said to be owing by Greer properly set off?

[90] Supplementary written submissions dealing with this issue were filed by both parties after the hearing of the oral argument. Attached to the Minister's submissions were a "Minister's Delegation Document" signed by the Minister and an "Acceptance of Financial Authorities" document. Greer objected to the admission of these documents on the ground that they should have been introduced by way of proper affidavit evidence, thus providing an opportunity for cross-examination.

[91] I agree. This issue was clearly raised by Greer in its materials and all required evidence should have been produced in accordance with all of the requirements of the rules of the Court. I have therefore not relied upon those documents.

[92] The set-off was justified by the Minister on the basis of section 155 of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 which provides:

155. (1) Where any person is indebted to

(a) Her Majesty in right of Canada, or

(b) Her Majesty in right of a province on account of taxes payable to any province, and an agreement exists between Canada and the province whereby Canada is authorized to collect the tax on behalf of the province,

the appropriate Minister responsible for the recovery or collection of the amount of the indebtedness may authorize the retention of the amount of the indebtedness by way of deduction from or set-off against any sum of money that may be due or payable by Her Majesty in right of Canada to the person or the estate of that person.

(2) Where, in the opinion of the Minister of Finance,

(a) any person is indebted to a province by reason of having received from the province a payment, in respect of which Canada has contributed under any Act, to which that person was not entitled, and

(b) the province has made reasonable efforts to effect recovery of the amount of such indebtedness,

(v) Les sommes d'argent qui auraient appartenu à Greer ont-elles été convenablement affectées en compensation de la dette de cette dernière?

[90] Des observations écrites supplémentaires traitant de cette question ont été déposées par l'une et l'autre partie après les plaidoiries. Les observations du ministre étaient accompagnées d'un «document de délégation du ministre» signé par le ministre et d'un document d'«acceptation des pouvoirs financiers». Greer s'est objectée à l'admission de ces documents au motif qu'on aurait dû les introduire dans le cadre d'un affidavit en bonne et due forme, ce qui lui aurait donné une occasion de faire un contre-interrogatoire à leur sujet.

[91] Je suis d'accord. Cette question a été clairement soulevée par Greer dans ses documents, et j'estime qu'on aurait dû produire tous les éléments de preuve nécessaire conformément à l'ensemble des exigences des règles de notre Cour. Je ne me suis donc pas fondée sur ces documents.

[92] Le ministre a justifié la compensation sur le fondement de l'article 155 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, qui prévoit:

155. (1) Le ministre compétent responsable du recouvrement d'une créance soit de Sa Majesté du chef du Canada, soit de Sa Majesté du chef d'une province s'il s'agit d'impôts provinciaux visés par une entente entre le Canada et la province en vertu de laquelle le Canada est autorisé à percevoir les impôts pour le compte de la province, peut autoriser, par voie de déduction ou de compensation, la retenue d'un montant égal à la créance sur toute somme due au débiteur ou à ses héritiers par Sa Majesté du chef du Canada.

(2) Le ministre, s'il estime qu'une personne est débitrice d'une province pour avoir reçu de celle-ci, sans y avoir droit, un paiement auquel le Canada a contribué en conformité avec une loi et que la province a fait des efforts raisonnables en vue de recouvrer cette créance, peut exiger la retenue, par voie de déduction ou de compensation, d'un montant égal à la créance sur toute somme due à cette personne par Sa Majesté du chef du Canada; le montant ainsi déduit, moins la partie de ce dernier qui, selon le ministre, est proportionnelle à la contribution que le Canada

the Minister may require the retention of the amount of the indebtedness by way of deduction from or set-off against any sum of money that may be due and payable by Her Majesty in right of Canada to that person, and the amount so deducted, less the portion thereof that in the opinion of the Minister is proportionate to the contribution in respect thereof made by Canada, may be paid to the province out of the Consolidated Revenue Fund.

(3) The Receiver General may recover any over-payment made out of the Consolidated Revenue Fund on account of salary, wages, pay or pay and allowances out of any sum of money that may be due or payable by Her Majesty in right of Canada to the person to whom the over-payment was made.

(4) No amount may be retained under subsection (1) without the consent of the appropriate Minister under whose responsibility the payment of the sum of money due or payable referred to in that subsection would but for that subsection be made.

[93] Greer objected arguing that while the Minister of Citizenship and Immigration was required to have authorized the set-off there was no evidence that the Minister had any involvement in the decision. The declaration in support of the application for a set-off was signed by André Couture, Director, Accounting Operations, Citizenship and Immigration Canada.

[94] In response, the Minister relied upon paragraph 24(2)(d) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, as amended by S.C. 1992, c. 1, s. 89. That paragraph is as follows:

24. (1) . . .

(2) Words directing or empowering a minister of the Crown to do an act or thing, regardless of whether the act or thing is administrative, legislative or judicial, or otherwise applying to that minister as the holder of the office, include

(a) a minister acting for that minister or, if the office is vacant, a minister designated to act in the office by or under the authority of an order in council;

(b) the successors of that minister in the office;

(c) his or their deputy; and

(d) notwithstanding paragraph (c), a person appointed to serve, in the department or ministry of state over which the minister presides, in a capacity appropriate to the doing of the act or thing, or to the words so applying.

a faite à cet égard, peut être versé à la province sur le Trésor.

(3) Le receveur général peut recouvrer les paiements en trop faits sur le Trésor à une personne à titre de salaire, de traitements ou d'allocations en retenant un montant égal sur toute somme due à cette personne par Sa Majesté du chef du Canada.

(4) La retenue d'argent prévue par le paragraphe (1) ne peut être effectuée sans l'assentiment du ministre compétent responsable, en l'absence de ce paragraphe, du paiement de la somme en cause.

[93] Greer s'est objectée à cet argument, faisant valoir que bien que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration dût autoriser la compensation, aucune preuve n'établissait que le ministre avait pris part à la décision. La déclaration produite pour étayer la demande de compensation a été signée par André Couture, directeur des opérations comptables de Citoyenneté et Immigration Canada.

[94] En réponse, le ministre s'est fondé sur l'alinéa 24(2)d) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, modifiée par L.C. 1992, ch. 1, art. 89. Voici le libellé de cet alinéa:

24. (1) [. . .]

(2) La mention d'un ministre par son titre ou dans le cadre de ses attributions, que celles-ci soient d'ordre administratif, législatif ou judiciaire, vaut mention:

a) de tout ministre agissant en son nom ou, en cas de vacance de la charge, du ministre investi de sa charge en application d'un décret;

b) de ses successeurs à la charge;

c) de son délégué ou de celui des personnes visées aux alinéas a) et b);

d) indépendamment de l'alinéa c), de toute personne ayant, dans le ministère ou département d'État en cause, la compétence voulue.

[95] While the applicability of this provision may be ousted by specific legislation, or by necessary implication, I find nothing in the Act or the *Financial Administration Act*, to oust the application of this provision. Indeed subsection 121(1) [as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 22] of the Act authorizes the Minister, subject to some exceptions not applicable to the present case, to authorize such persons employed in the Public Service of Canada as the Minister deems proper to exercise any of the powers that may be or are required to be exercised or performed by the Minister, and subsection 121(2) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 107] provides that any power exercised under subsection 121(1) by any person authorized to exercise it shall be deemed to have been exercised or performed by the Minister.

[96] As Strayer J., as he then was, noted in *Vidal v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 49 Admin. L.R. 118 (F.C.T.D.), at page 138:

... it is inconceivable that Parliament intended the Governor in Council to focus on each [humanitarian and compassionate grounds] application. An extensive delegation system must be implied.

[97] I similarly find that in the present case the Minister was not required to be personally involved in the decision to set-off the sum of \$10,640.56.

CONCLUSION

[98] For all of these reasons, the application for judicial review in IMM-2639-99 will be dismissed.

[99] Respondent's counsel has ten (10) days from the receipt of these reasons to serve and file submissions with respect to the issues of costs and certification of a question. Thereafter counsel for the applicant will have ten (10) days to serve and file submissions on those issues. Respondent's counsel will then have four (4) days to serve and file any reply submissions.

[100] Following consideration of any submissions by the Court, judgment will issue dismissing this application for judicial review.

[95] Bien que l'applicabilité de cette disposition puisse être éliminée par une loi précise ou par déduction nécessaire, j'estime que ni la Loi, ni la *Loi sur la gestion des finances publiques* n'élimine l'application de cette disposition. En effet, le paragraphe 121(1) [mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 22] de la Loi prévoit que le ministre peut, s'il le juge indiqué, sous réserve de certaines exceptions qui ne s'appliquent pas en l'espèce, déléguer à des agents de l'administration publique fédérale les attributions que lui confèrent la Loi ou ses règlements. Par ailleurs, le paragraphe 121(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 107] prévoit que les actes accomplis par les agents visés au paragraphe 121(1) sont réputés l'avoir été par le ministre.

[96] Comme l'a souligné le juge Strayer (tel était alors son titre) dans *Vidal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 49 Admin. L.R. 118 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 138:

[...] il est inconcevable que le Parlement ait souhaité que le gouverneur en conseil se penche sur chaque demande [fondée sur des motifs d'ordre humanitaire]. Un régime de délégation extensive doit être implicite.

[97] De la même façon, j'estime qu'en l'espèce, le ministre n'était pas tenu de prendre personnellement part à la décision d'obtenir une compensation à l'égard de la somme de 10 640,56 \$.

CONCLUSION

[98] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire dans l'affaire IMM-2639-99 est rejetée.

[99] L'avocate du défendeur disposera d'un délai de dix (10) jours, après avoir reçu les présents motifs, pour signifier et déposer des observations à l'égard des questions des dépens et de la certification d'une question de portée générale. Par la suite, l'avocat de la demanderesse disposera à son tour d'un délai de dix (10) jours pour signifier et déposer des observations sur ces questions. L'avocate du défendeur disposera alors d'un délai de quatre (4) jours pour signifier et déposer, le cas échéant, des observations en guise de réponse.

[100] Après avoir examiné, le cas échéant, de telles observations, la Cour rendra un jugement rejetant la présente demande de contrôle judiciaire.

T-890-99

T-890-99

Bell Canada (*Applicant*)**Bell Canada** (*demanderesse*)

v.

c.

Canadian Telephone Employees Association, Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Femmes Action and Canadian Human Rights Commission (*Respondents*)

L'Association canadienne des employés de téléphone, le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, Femmes Action et la Commission canadienne des droits de la personne (*défendeurs*)

INDEXED AS: BELL CANADA v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: BELL CANADA c. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (1^{re} INST.)

Trial Division, Tremblay-Lamer J.—Montréal, September 25, 26, 27; Ottawa, November 2, 2000.

Section de première instance, juge Tremblay-Lamer—Montréal, 25, 26, 27 septembre; Ottawa, 2 novembre 2000.

Human Rights — Canadian Human Rights Tribunal not institutionally independent and impartial body in view of CHRC's power to issue guidelines binding upon Tribunal and Chairperson's power to approve Tribunal member continuing to act to conclude matter after expiry of appointment.

Droits de la personne — Le Tribunal canadien des droits de la personne n'est pas une institution indépendante et impartiale en raison du pouvoir de la CCDP de lui donner des directives ayant force obligatoire et du pouvoir du président de permettre à tout membre du tribunal, dont le mandat expire en cours d'audience, de continuer à siéger jusqu'à la conclusion de l'affaire.

Administrative law — Judicial review — Institutional independence and impartiality of Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) — Tribunal not institutionally independent and impartial body in view of CHRC's power to issue guidelines binding upon Tribunal and Chairperson's power to approve Tribunal member continuing to act to conclude matter after expiry of appointment.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Indépendance et impartialité institutionnelles du tribunal canadien des droits de la personne (le tribunal) — Le tribunal n'est pas une institution indépendante et impartiale en raison du pouvoir de la CCDP de lui donner des directives ayant force obligatoire et du pouvoir du président de permettre à tout membre du tribunal, dont le mandat expire en cours d'audience, de continuer à siéger jusqu'à la conclusion de l'affaire.

Bill of Rights — Principles of fundamental justice guaranteed by Bill of Rights, s. 2(e) — Apprehension of bias — Canadian Human Rights Tribunal not institutionally independent and impartial body in view of Commission's power to issue guidelines binding upon Tribunal and Chairperson's power to approve Tribunal member continuing to act to conclude matter after expiry of appointment.

Déclaration des droits — Principes de justice fondamentale garantis à l'art. 2e) de la Déclaration des droits — Crainte de partialité — Le tribunal canadien des droits de la personne n'est pas une institution indépendante et impartiale en raison du pouvoir de la Commission de lui donner des directives ayant force obligatoire et du pouvoir du président de permettre à tout membre du tribunal, dont le mandat expire en cours d'audience, de continuer à siéger jusqu'à la conclusion de l'affaire.

Estoppel — Res judicata — Upon challenging Tribunal's institutional independence and impartiality, Bell Canada estopped from raising, upon fresh application for judicial review, arguments necessarily assumed or negated by decision in previous judicial application herein, reported at [1998] 3 F.C. 244 (T.D.).

Fin de non-recevoir — Autorité de la chose jugée — En contestant l'indépendance et l'impartialité institutionnelles du tribunal, Bell Canada est irrecevable, sur nouveau recours en contrôle judiciaire, à proposer des arguments qui ont été, par la force des choses, soit subsumés dans le recours précédent, [1998] 3 C.F. 244 (1^{re} inst.), soit anéantis par son résultat.

This case started with Bell Canada employees' complaint to the Canadian Human Rights Commission on the issue of

Cette procédure a son origine dans des plaintes de disparité salariale déposées par des employés de Bell Canada

pay equity. It was during the Tribunal inquiry that McGillis J. found, in March 1998, that the Human Rights Tribunal appointed therein lacked institutional independence, thus giving rise to a reasonable apprehension of bias. The Court found that the statutory scheme failed to provide the Tribunal members with sufficient guarantees of security of tenure and financial security. The *Canadian Human Rights Act* was subsequently amended to permit a Tribunal member whose appointment expires to complete an inquiry if the Chairperson approves; to provide that members' remuneration be fixed by the Governor in Council; and to allow the Commission to issue binding guidelines covering a class of cases (rather than for a particular case). Nevertheless, the issue of institutional independence was again raised before the Tribunal's Vice-chairperson. He found that there were no problems of institutional bias or lack of institutional independence because of the institutional structure and decided that the hearings into the complaints should proceed. This was an application for judicial review of that decision, focussing only on the institutional structure required to ensure that hearings before the Tribunal are conducted in accordance with the principles of fundamental justice guaranteed by paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.

The issues were (1) whether the Tribunal was correct in deciding that the doctrine of *res judicata* applied to arguments made by the applicant upon the application for judicial review decided by this Court in March 1998 which the Court neither expressly rejected nor adopted; (2) whether the Tribunal was correct in holding itself to be institutionally independent and impartial considering: (a) the power of the Commission to issue binding guidelines; (b) the power of the Chairperson to approve a Tribunal member continuing to act to conclude a matter after the expiry of his appointment; (c) the remuneration of Tribunal members by Governor in Council; (d) disciplinary and remedial measures for Vice-chairperson and Tribunal members.

Held, the application should be allowed.

The Tribunal's decision as to its institutional independence was a question of law subject to review on a standard of correctness.

In *The Law of Evidence in Canada* (Sopinka, Lederman, Bryant), the authors examine the doctrine of *res judicata* and explain that there are two principles subsumed under the heading *res judicata*: the first is that any action or issue which had been litigated and upon which a decision has been rendered cannot be retried in a subsequent suit between the same parties or their privies; the second makes it mandatory that a plaintiff asserting a cause of action claim all possible relief in respect thereto, and prevents any second

auprès de la Commission canadienne des droits de la personne. C'était durant l'enquête du tribunal des droits de la personne constitué à cet effet que M^{me} le juge McGillis a conclu, en mars 1998, que ce tribunal laissait à désirer sur le plan de l'indépendance institutionnelle, ce qui donnait lieu à une crainte raisonnable de partialité. Et que la Loi n'assurait pas aux membres du tribunal une garantie suffisante d'inamovibilité et de sécurité financière. La *Loi canadienne sur les droits de la personne* a été subséquemment modifiée de façon à prévoir qu'un membre du tribunal dont le mandat est échu peut, avec l'agrément du président, terminer les affaires dont il est saisi; et que les membres du tribunal reçoivent la rémunération que fixe le gouverneur en conseil; et à habiliter la Commission à émettre, dans une catégorie de cas donnés (et non plus dans un cas donné), des directives auxquelles le tribunal doit se conformer. La question de l'indépendance institutionnelle a néanmoins été soulevée devant le vice-président du tribunal. Celui-ci a conclu qu'il n'y avait ni partialité institutionnelle ni défaut d'indépendance institutionnelle tenant à la structure organique du tribunal et qu'il fallait poursuivre l'instruction des plaintes en question. Recours en contrôle judiciaire contre cette décision, mais portant uniquement sur la question de la structure organique propre à garantir que les audiences devant le tribunal soient conformes aux principes de justice fondamentale incarnés dans l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Il échet d'examiner: 1) si le tribunal était fondé à décider que l'autorité de la chose jugée s'attache aux arguments proposés par la demanderesse lors du recours en contrôle judiciaire entendu par la Cour en mars 1998, lesquels arguments n'ont été ni expressément rejetés ni expressément accueillis par la Cour; 2) si le tribunal était fondé à se dire institution indépendante et impartiale compte tenu de ce qui suit: a) la Commission est habilitée à donner des directives ayant force obligatoire pour le tribunal; b) le président peut prolonger le mandat expiré d'un membre du tribunal jusqu'à la conclusion de l'affaire dont celui-ci a été saisi en cours de mandat; c) la rémunération des membres du tribunal est fixée par le gouverneur en conseil; d) le vice-président et les membres du tribunal peuvent être soumis à des mesures disciplinaires et correctives.

Jugement: il faut faire droit au recours.

Toute conclusion du tribunal sur son indépendance institutionnelle est une conclusion sur un point de droit et, à ce titre, est soumise à la norme du bien-jugé en cas de contrôle judiciaire.

Dans *The Law of Evidence in Canada* (Sopinka, Lederman, Bryant), les auteurs expliquent, au sujet de la doctrine de l'autorité de la chose jugée, que cette notion recouvre deux principes: le premier pose que toute action ou question litigieuse qui a été jugée et a fait l'objet d'une décision ne peut être jugée de nouveau dans un procès subséquent entre les mêmes parties ou leurs ayants droit; le second fait obligation au demandeur qui fait valoir un droit en justice de conclure à toute mesure de réparation possible

attempt to invoke the aid of the courts in the same cause, the rule applying equally to a defendant who must put forward all defences which will defeat the plaintiff's action, or be debarred from raising them subsequently.

Since the amendments to the Act have changed the situation with respect to remuneration and the extension of the appointment of a Tribunal member whose term has expired during a hearing, the issues are now different and there is nothing stopping the applicant from raising arguments in this respect. Concerning the other arguments raised by the applicant respecting the institutional independence and impartiality of the Tribunal, Bell is estopped from again raising the same arguments as well as the issues which, although not expressly raised in the previous application, are necessarily assumed in it or negated by it.

The question regarding the Commission's power to issue binding guidelines was commented upon, *obiter*, in the previous application, but was not decided. That being the case, there is nothing to prevent the applicant from presenting arguments thereon.

The Supreme Court of Canada has recognized that judicial independence is a constitutional right: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)*. Institutional independence and impartiality are interdependent. The objective status of the tribunal can be as relevant for the "impartiality" requirement as it is for "independence". If the system is structured in such a way as to create a reasonable apprehension of bias on an institutional level, the requirement of impartiality is not met. Administrative tribunals, however, do not have to provide the same objective guarantees of independence as do the courts. There needs to be more flexibility in applying the principles relating to institutional independence and impartiality to agencies which have several roles to play, including many which are administrative in nature.

However, the requisite level of independence is different for an administrative tribunal, such as the Canadian Human Rights Tribunal, which has purely an adjudicative role concerning the human rights of the land which are quasi-constitutional in nature. So, the level of independence will be at the high end of the spectrum, taking into account that the Tribunal is not a court and that as such some flexibility should be demonstrated.

Binding guidelines The recent amendments to the Act, more particularly the removal of the words "in a particular

en la matière, et vise à prévenir toute seconde tentative de demander l'intervention de la justice dans la même cause, cette règle s'appliquant également au défendeur qui doit opposer tous ses moyens de défense à l'action du demandeur, sous peine d'être irrecevable à les faire valoir par la suite.

Puisque depuis la modification de la Loi, il y a eu un changement dans le régime de rémunération et dans le mode de prolongation du mandat d'un membre du tribunal, expiré en cours d'audience, les points litigieux sont maintenant différents et rien n'interdit à la demanderesse de proposer des arguments sur ces points. En ce qui concerne les autres arguments qu'elle avait proposés au sujet de l'indépendance et de l'impartialité institutionnelles du tribunal, Bell est irrecevable à les proposer de nouveau devant la Cour et à revenir sur les points litigieux qui, s'ils n'ont pas été expressément soulevés dans le recours précédent, ont été par la force des choses soit subsumés dans ce dernier soit anéantis par son résultat.

La question du pouvoir de la Commission de donner des directives ayant force obligatoire pour le tribunal a fait l'objet d'une observation incidente mais n'a pas été tranchée dans la procédure précédente; rien n'interdit donc à la demanderesse de soulever ce point de nouveau dans l'instance.

La Cour suprême du Canada a conclu au fondement constitutionnel de l'indépendance du pouvoir judiciaire; cf. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*. Les deux concepts d'indépendance institutionnelle et d'impartialité institutionnelle sont interdépendants. Le statut objectif du tribunal peut s'appliquer tout autant à l'exigence d'«impartialité» qu'à celle d'«indépendance». Si le système est structuré de façon à susciter une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel, il ne satisfait pas à l'impératif d'impartialité. Les tribunaux administratifs ne doivent pas nécessairement justifier des mêmes garanties objectives d'indépendance que les tribunaux judiciaires. Il faut faire preuve de plus de souplesse dans l'application des principes touchant l'indépendance et l'impartialité institutionnelles lorsqu'il s'agit d'organismes administratifs investis de plusieurs fonctions, dont un grand nombre est d'ordre administratif.

Cependant, le niveau requis d'indépendance n'est pas le même pour un tribunal administratif comme le tribunal canadien des droits de la personne, qui exerce une fonction purement juridictionnelle dans le cadre de lois quasi constitutionnelles touchant les droits de la personne du pays. En conséquence, l'indépendance à laquelle le tribunal est tenu se situe en haut de l'échelle, compte tenu de ce qu'il n'est pas un tribunal judiciaire et que de ce fait, il faut faire preuve d'une certaine souplesse à son égard.

Directives ayant force obligatoire La récente modification de la Loi, en particulier par la suppression des mots «dans

case”, have not fully resolved the issue. The guidelines are still binding on the Tribunal. That the Tribunal should be bound by guidelines issued by the Commission, a party before the Tribunal, is incompatible with guarantees of institutional independence and impartiality. The Tribunal’s decision-making power is fettered by the issuance of binding guidelines on the interpretation of the Act. It is most unusual that a party be permitted to determine the manner in which enabling legislation is to be interpreted. The guidelines put improper pressure on the Tribunal as to the outcome of a decision in a class of cases. The test established by the Supreme Court in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114 for the existence of a reasonable apprehension of institutional bias has been met.

The Commission and the Tribunal did not have jurisdiction to strike down a provision of the Act as being contrary to the Charter. Subsection 50(2) of the Act does not confer a general power to consider questions of law. It amounts to no more than giving the Tribunal the power to interpret and apply its enabling statute when required to resolve a complaint before it. The expertise of the Tribunal relates to fact finding and adjudication in a human right context to determine whether or not a discriminatory practice occurred, but this expertise does not extend to general questions of law. Furthermore, members of the Tribunal do not enjoy the appropriate level of independence to arrogate powers traditionally given to the judiciary to make legal determinations regarding the constitutional validity of legislation.

Extension of appointments (Security of tenure) The amendments to the Act permitting Tribunal members, with the approval of the Chairperson, to conclude hearings without executive or legislative intervention failed to cure the problem of the security of tenure afforded to the Tribunal member in those circumstances. The Supreme Court of Canada has emphasized that the essence of security of tenure requires that the tenure of a decision maker must not be subject to any form of interference that is discretionary or arbitrary: *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673. The discretion is still there: it has been transferred from the Minister to the Chairperson. It was held in *Lippé* that no one—not the Canadian Judicial Council, not a Bar Society, not a Chief Justice—must be in a position to interfere with judicial independence. A tribunal must be structured to ensure the independence of its members. The difficulty is not in the manner in which the discretion is exercised, but in its very existence.

Remuneration Before the Act was amended, the Tribunal members’ remuneration was fixed by the Commission, a party in all proceedings before the Tribunal. Now, the remuneration of Tribunal members is fixed by the Governor in Council. The Tribunal’s Vice-chairperson correctly found that this was acceptable. The important thing is that the

un cas donné», n’a pas pleinement résolu la question. Le tribunal est toujours tenu de se conformer aux directives. Le fait qu’il doit se conformer à ces directives données par la Commission, qui est une partie devant le tribunal, n’est pas compatible avec les garanties d’indépendance et d’impartialité institutionnelles. Le pouvoir juridictionnel du tribunal est limité par des directives ayant force obligatoire sur l’interprétation de la Loi. Il est très inusité qu’une partie puisse imposer les limites et les modalités d’interprétation de sa propre loi organique. Les directives en question exercent indûment une pression sur le tribunal quant à l’issue de l’instance dans une catégorie de cas donnés. Les conditions sont réunies en l’espèce pour susciter une crainte raisonnable de partialité institutionnelle selon le critère défini par la Cour suprême dans *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114.

Ni la Commission ni le tribunal n’avait le pouvoir d’invalider une disposition de la Loi pour atteinte à la Charte. Le paragraphe 50(2) de la Loi ne confère pas un pouvoir général de se prononcer sur des questions de droit. Il ne fait qu’investir le tribunal du pouvoir d’interpréter et d’appliquer sa loi organique si besoin est, pour résoudre la plainte dont il est saisi. L’expertise du tribunal consiste à enquêter et à se prononcer sur les faits en matière de droits de la personne pour juger s’il y a eu acte discriminatoire; elle ne s’étend pas aux questions générales de droit. Qui plus est, les membres du tribunal ne jouissent pas d’un niveau d’indépendance tel qu’ils puissent s’arroger les pouvoirs traditionnellement dévolus au juge judiciaire pour tirer des conclusions de droit sur la validité constitutionnelle d’un texte de loi.

Prolongation du mandat (inamovibilité) Les modifications apportées à la Loi pour permettre aux membres du tribunal dont le mandat expire en cours d’audience de siéger, avec l’agrément du président, jusqu’à la conclusion de l’affaire sans intervention de la loi ou du pouvoir exécutif, ne résolvent pas le problème de l’inamovibilité dans ce contexte. Selon la Cour suprême du Canada, la condition essentielle de l’inamovibilité pose que la durée du mandat du juge soit à l’abri de toute ingérence discrétionnaire ou arbitraire; cf. *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673. Il y a toujours pouvoir discrétionnaire, qui passe du ministre au président. Jugé dans *Lippé* que personne—ni le Conseil canadien de la magistrature, ni un barreau, ni un juge en chef—ne doit être en mesure de compromettre l’indépendance du juge. Il faut que la structure organique du tribunal soit propre à garantir que ses membres sont indépendants. Le problème ne réside pas dans le mode d’exercice de ce pouvoir discrétionnaire, mais dans son existence même.

Rémunération Avant la modification de la Loi, la rémunération des membres du tribunal était fixée par la Commission, qui est une partie à toutes les instances devant celui-ci. Elle est maintenant fixée par le gouverneur en conseil. Le vice-président a conclu à juste titre que cet état de choses est acceptable. Ce qui est important, c’est que la Commis-

Commission, a litigant, no longer has anything to do with fixing and negotiating the members' remuneration. While it would be preferable that the salary be fixed by the legislature rather than by the executive government, it should not be regarded as essential to the financial security of Tribunal members. It may be fixed by the Governor in Council without giving rise to a reasonable apprehension of bias.

Disciplinary and remedial measures On this point, the Tribunal's Vice-chairperson correctly found that the new disciplinary process, which parallels the process in the *Judges Act*, does not give rise to an apprehension of bias.

No further proceedings in this matter shall be taken until the problems identified in these reasons for order are corrected.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, App. 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].
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 11, 27(2) (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 20), (3) (as am. *idem*), 40(4) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 31, s. 62), 48.2(2) (as enacted *idem*, s. 65; S.C. 1998, c. 9, s. 27), 48.6(1) (as enacted *idem*), 49 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 31, s. 66), 50(2) (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 27).
Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985 (2nd Suppl.), c. 19, s. 5.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
Equal Wages Guidelines, 1986, SOR/86-1082.
Judges Act, R.S.C., 1985, c. J-1.
Statutory Instruments Act, R.S.C., 1985, c. S-22, s. 50(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)*, [1997] 3 S.C.R. 3; (1997), 204 A.R. 1; 121 Man. R. (2d) 1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 217 N.R. 1; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R.

qui est une partie aux instances, n'est plus habilitée à fixer et à négocier la rémunération des membres du tribunal. Il est préférable que la rémunération soit fixée par le législateur plutôt que par le pouvoir exécutif, mais il ne faut pas y voir une condition nécessaire de la sécurité financière des membres du tribunal. La rémunération peut être fixée par le gouverneur en conseil sans que cela donne lieu à une crainte raisonnable de partialité.

Mesures disciplinaires et correctives Le vice-président du tribunal a conclu à juste titre que le nouveau régime disciplinaire, qui correspond à celui prévu dans la *Loi sur les juges*, ne peut susciter une crainte de partialité.

Aucune nouvelle procédure ne sera engagée en l'espèce tant qu'il ne sera pas remédié aux vices relevés par les présents motifs.

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].
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III, art. 2e).
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 11, 27(2) (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 20), (3) (mod., *idem*), 40(4) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 62), 48.2(2) (édicte, *idem*, art. 65; L.C. 1998, ch. 9, art. 27), 48.6(1) (édicte, *idem*), 49 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 66), 50(2) (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 27).
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 9, art. 5.
Loi sur les juges, L.R.C. (1985), ch. J-1.
Loi sur les textes réglementaires, L.R.C. (1985), ch. S-22, art. 50(2).
Ordonnance de 1986 sur la parité salariale, DORS/86-1082.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (I.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3; (1997), 204 A.R. 1; 121 Man. R. (2d) 1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 217 N.R. 1; *R. c. Lippé*, [1991] 2

114; (1991), 64 C.C.C. (3d) 513; 5 C.R.R. (2d) 31; 5 M.P.L.R. (2d) 113; 128 N.R. 1; 39 Q.A.C. 241; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Valente v. The Queen et al.* [1985] 2 S.C.R. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; *2747-3174 Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; (1996), 140 D.L.R. (4th) 577; 42 Admin. L.R. (2d) 1; 205 N.R. 1; *Katz v. Vancouver Stock Exchange* (1995), 128 D.L.R. (4th) 424; [1996] 2 W.W.R. 356; 82 B.C.A.C. 16; 14 B.C.L.R. (3d) 66; 34 Admin. L.R. (2d) 1; 9 C.C.L.S. 112 (B.C.C.A.); affd [1996] 3 S.C.R. 405; (1996), 139 D.L.R. (4th) 575; [1996] 10 W.W.R. 305; 82 B.C.A.C. 29; 26 B.C.L.R. (3d) 1; 41 Admin. L.R. (2d) 1; 12 C.C.L.S. 1; 207 N.R. 72; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145; (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; [1983] 1 W.W.R. 137; 39 B.C.L.R. 145; 3 C.H.R.R. D/1163; 82 CLLC 17,014; [1982] I.L.R. 1-1555; 43 N.R. 168; *Canadian Union of Public Employees (Airline Division) v. Canadian Airlines International Limited and Air Canada* (1998), 99 CLLC 145,021 (C.H.R.T.); *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; (1996), 140 D.L.R. (4th) 193; 43 Admin. L.R. (2d) 155; 26 C.C.E.L. (2d) 1; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1; *Canada (Procureur général) c. Alex Couture inc.*, [1991] R.J.Q. 2534 (Fr.); (1991), 83 D.L.R. (4th) 577 (Eng.) (Que. C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, (1991), 91 D.L.R. (4th) vii; *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856; (1985), 22 D.L.R. (4th) 119; 16 Admin. L.R. 109; 6 C.H.R.R. D/3064; 85 CLLC 17,023; 18 C.R.R. 165; 62 N.R. 117 (C.A.).

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada et al. (1991), 48 F.T.R. 55 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada et al. (1998), 143 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn.*, [1998] 3 F.C. 244; (1998), 143 F.T.R. 241 (T.D.); *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113; (1998), 167 D.L.R. (4th) 432 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1999] S.C.C.A. No. 1 (QL); *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association et al.* (1999), 246 N.R. 368 (F.C.A.).

R.C.S. 114; (1991), 64 C.C.C. (3d) 513; 5 C.R.R. (2d) 31; 5 M.P.L.R. (2d) 113; 128 N.R. 1; 39 Q.A.C. 241; *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; (1996), 140 D.L.R. (4th) 577; 42 Admin. L.R. (2d) 1; 205 N.R. 1; *Katz v. Vancouver Stock Exchange* (1995), 128 D.L.R. (4th) 424; [1996] 2 W.W.R. 356; 82 B.C.A.C. 16; 14 B.C.L.R. (3d) 66; 34 Admin. L.R. (2d) 1; 9 C.C.L.S. 112 (B.C.C.A.); conf. par [1996] 3 R.C.S. 405; (1996), 139 D.L.R. (4th) 575; [1996] 10 W.W.R. 305; 82 B.C.A.C. 29; 26 B.C.L.R. (3d) 1; 41 Admin. L.R. (2d) 1; 12 C.C.L.S. 1; 207 N.R. 72; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145; (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; [1983] 1 W.W.R. 137; 39 B.C.L.R. 145; 3 C.H.R.R. D/1163; 82 CLLC 17,014; [1982] I.L.R. 1-1555; 43 N.R. 168; *Syndicat canadien de la fonction publique (Division du transport aérien) c. Lignes aériennes Canadien International Limitée et Air Canada* (1998), 99 CLLC 145,021 (T.C.D.P.); *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; (1996), 140 D.L.R. (4th) 193; 43 Admin. L.R. (2d) 155; 26 C.C.E.L. (2d) 1; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1; *Canada (Procureur général) c. Alex Couture inc.*, [1991] R.J.Q. 2534 (Fr.); (1991), 83 D.L.R. (4th) 577 (Ang.) (C.A. Qué.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, (1991), 91 D.L.R. (4th) vii; *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856; (1985), 22 D.L.R. (4th) 119; 16 Admin. L.R. 109; 6 C.H.R.R. D/3064; 85 CLLC 17,023; 18 C.R.R. 165; 62 N.R. 117 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada et al. (1991), 48 F.T.R. 55 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier et al. (1998), 143 F.T.R. 81 (C.F. 1^{re} inst.); *Bell Canada c. Assoc. canadienne des employés de téléphone*, [1998] 3 C.F. 244; (1998), 143 F.T.R. 241 (1^{re} inst.); *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1999] 1 C.F. 113; (1998), 167 D.L.R. (4th) 432 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1999] S.C.C.A. No. 1 (QL); *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone et al.* (1999), 246 N.R. 368 (C.A.F.).

AUTHORS CITED

Côté, P.-A. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Que.: Éditions Yvon Blais, 1991.

Sopinka, J. *et al. The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1999.

APPLICATION for judicial review of an interim decision of the Canadian Human Rights Tribunal that there were no problems of institutional bias or lack of institutional independence because of its institutional structure, and that the hearings into the pay equity complaints should proceed. Application allowed.

APPEARANCES:

Roy L. Heenan and Alexandre Buswell for applicant.

Bernard S. Fishbein for respondent (Canadian Telephone Employees Association).

Peter C. Engelmann for respondent (Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada).

No appearance for respondent (Femmes Action).

René Duval and Philippe Dufresne for intervener (Canadian Human Rights Commission).

SOLICITORS OF RECORD:

Heenan Blaikie, Montréal, for applicant.

Koskie Minsky, Toronto, for respondent (Canadian Telephone Employees Association).

Caroline Engelmann Gottheil, Ottawa, for respondent (Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada).

Boivin Payette, Montréal, for respondent (Femmes Action).

Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for intervener (Canadian Human Rights Commission).

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] TREMBLAY-LAMER J.: This is an application for judicial review against an interim decision of the

DOCTRINE

Côté, Pierre-André, *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais, 1990.

Sopinka, J. *et al. The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1999.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision provisoire du tribunal canadien des droits de la personne, portant qu'il n'y a ni partialité institutionnelle ni défaut d'indépendance institutionnelle en raison de sa structure, et qu'il faut poursuivre l'audition des plaintes de disparité salariale. Recours accueilli.

ONT COMPARU:

Roy L. Heenan et Alexandre Buswell pour la demanderesse.

Bernard S. Fishbein pour la défenderesse Association canadienne des employés de téléphone.

Peter C. Engelmann pour le défendeur Syndicat canadien des communications, du papier et de l'énergie.

La défenderesse Femmes Action n'était pas représentée.

René Duval et Philippe Dufresne pour l'intervenante Commission canadienne des droits de la personne.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Heenan Blaikie, Montréal, pour la demanderesse.
Koskie Minsky, Toronto, pour la défenderesse Association canadienne des employés de téléphone.

Caroline Engelmann Gottheil, Ottawa, pour le défendeur Syndicat canadien des communications, du papier et de l'énergie.

Boivin Payette, Montréal, pour la défenderesse Femmes Action.

Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour l'intervenante Commission canadienne des droits de la personne.

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

[1] LE JUGE TREMBLAY-LAMER: Il y a en l'espèce recours en contrôle judiciaire contre la décision

Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) rendered April 26, 1999,¹ on the issue of its institutional independence and impartiality, in the complaints against Bell Canada brought by the Canadian Telephone Employees Association (CTEA), the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (CEP) and Femmes Action under the *Canadian Human Rights Act*.²

PRELIMINARY REMARKS

[2] I am well aware and find it unfortunate that the end result of this decision may cause considerable delays in the proceedings before the Tribunal but I am of the view that it would not be appropriate for the Court to be guided by this factor.

[3] This decision is not about the employees' entitlement to pay equity. It focuses only on the institutional structure required to ensure that hearings before the Tribunal are conducted in accordance with the principles of fundamental justice guaranteed by paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.³

FACTS

[4] The present matter stems from seven human rights complaints filed against Bell Canada between 1990 and 1994 alleging discriminatory practice on the ground of sex in relation to employment. Bell Canada is allegedly paying its female employees lower wages than its male employees who are performing work of equal value, contrary to section 11 of the Act.

[5] The Canadian Human Rights Commission (Commission) subsequently conducted an investigation into the various complaints and attempted, without success, to resolve the matter by mediation and other informal discussions. The Commission released in 1995 its investigation report.

[6] The Commission requested on May 15, 1996, pursuant to section 49 of the Act⁴ that the President of the Human Rights Tribunal Panel appoint a tribunal to inquire into the pay equity complaints against Bell

provisoire rendue le 26 avril 1999¹ par le Tribunal canadien des droits de la personne (le tribunal) sur la question de son indépendance et de son impartialité institutionnelles, dans le cadre de plaintes portées contre Bell Canada par l'Association canadienne des employés de téléphone (ACET), le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier (SCEP) et Femmes Action, sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.²

OBSERVATIONS LIMINAIRES

[2] Je sais, et le regrette, que la présente décision peut avoir pour effet ultime de retarder considérablement l'instance devant le tribunal, mais j'estime qu'il n'y a pas lieu pour la Cour de se laisser influencer par ce facteur.

[3] La présente décision ne porte pas sur le droit des employés à la parité salariale. Elle s'attache uniquement à la nécessité d'une structure organique propre à garantir que les audiences devant le tribunal soient conformes aux principes de justice fondamentale en vertu de l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*.³

LES FAITS

[4] La présente procédure a son origine dans sept plaintes en matière de droits de la personne, déposées pendant la période allant de 1990 à 1994 et reprochant à Bell Canada de pratiquer la discrimination sexuelle dans l'emploi, en payant à ses employées des salaires inférieurs à ce que touchent les employés de sexe masculin qui exercent des fonctions équivalentes, violant ainsi l'article 11 de la Loi.

[5] Par la suite, la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) a entrepris une enquête sur les diverses plaintes et a vainement essayé de les régler par médiation et autres discussions informelles. Elle a rendu public son rapport d'enquête en 1995.

[6] Le 15 mai 1996, elle demande, conformément à l'article 49 de la Loi⁴, au président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer un tribunal chargé d'examiner ces plaintes de disparité

Canada and, pursuant to subsection 40(4) of the Act⁵ that the complaints be dealt together.

[7] Bell Canada filed an application for judicial review on June 14, 1996 challenging the decision of the Commission to request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a Tribunal to inquire into the complaints.⁶

[8] The President of the Human Rights Tribunal Panel appointed on August 14, 1996 a Tribunal composed of three members (Leighton Tribunal) to inquire into the pay equity complaints against Bell Canada.

[9] Bell Canada filed an application for judicial review on September 6, 1996 challenging the decision of the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a Tribunal to inquire into the complaints.⁷

[10] The Leighton Tribunal commenced its proceedings in October 1996. Bell Canada brought a number of preliminary motions before the Leighton Tribunal between November 1996 and June 1997.

[11] Bell Canada filed applications for judicial review of these interim decisions, including one dated April 10, 1997, in which the Tribunal dismissed a motion seeking the recusal of one of its members⁸ and one dated June 4, 1997 in which the Tribunal concluded that it was “an independent quasi-judicial body, institutionally capable of providing a fair hearing in accordance with the principles of natural justice and fundamental freedom”.⁹

[12] On March 17, 1998, Muldoon J. granted Bell Canada’s application for judicial review of the decision of the Commission to request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a Tribunal to inquire into the complaints and quashed the decision of the Commission.¹⁰

[13] On March 23, 1998, McGillis J. granted Bell Canada’s application for judicial review of the

salariale contre Bell Canada, lesquelles devaient être entendues ensemble en application du paragraphe 40(4) de la Loi⁵.

[7] Le 14 juin 1996, Bell Canada introduit un recours en contrôle judiciaire contre cette décision de la Commission de demander au président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer un tribunal chargé d’examiner les plaintes en question⁶.

[8] Le 14 août 1996, le président du Comité du tribunal constitue un tribunal composé de trois membres (le tribunal Leighton) chargé d’examiner les plaintes de disparité salariale déposées contre Bell Canada.

[9] Le 6 septembre 1996, Bell Canada introduit un recours en contrôle judiciaire contre cette décision du président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer un tribunal chargé d’examiner les plaintes en question⁷.

[10] Le tribunal Leighton commence l’examen de l’affaire en octobre 1996. Bell Canada l’a saisi de diverses requêtes préliminaires pendant la période allant de novembre 1996 à juin 1997.

[11] Bell Canada a introduit des recours en contrôle judiciaire contre les décisions provisoires résultantes, dont celle du 10 avril 1997 par laquelle le tribunal a rejeté une requête en récusation de l’un de ses membres⁸, et celle du 4 juin 1997 par laquelle le tribunal a conclu qu’il était «un organisme quasi judiciaire indépendant, capable sur le plan institutionnel de procéder à l’audition d’une affaire d’une manière équitable et conforme aux principes de justice naturelle et de liberté fondamentale»⁹.

[12] Le 17 mars 1998, le juge Muldoon fait droit au recours en contrôle judiciaire de Bell Canada en annulant la décision de la Commission de demander au président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer un tribunal chargé d’examiner les plaintes en question¹⁰.

[13] Le 23 mars 1998, M^{me} le juge McGillis fait droit au recours en contrôle judiciaire de Bell Canada

Leighton Tribunal's decision respecting its institutional independence and impartiality.¹¹

[14] McGillis J. found that the Leighton Tribunal lacked institutional independence, thus giving rise to a reasonable apprehension of bias. McGillis J. quashed all the proceedings before the Leighton Tribunal and ordered that no further proceedings take place until legislative changes cured the problems identified in the decision.

[15] Certain amendments to the Act introduced by S.C. 1998, c. 9 came into force on June 30, 1998. Three of these amendments are of particular importance in the present matter.

[16] Subsection 48.2(2) [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 65; S.C. 1998, c. 9, s. 27] of the amended Act permits a Tribunal member whose appointment expires to conclude any inquiry that he or she has begun with the approval of the Chairperson.

[17] Subsection 48.6(1) [as enacted *idem*] of the amended Act provides that the remuneration of a Tribunal member is fixed by Governor in Council.

[18] Subsection 27(2) [as am. *idem*, s. 20] of the amended Act permits the Commission to issue guidelines binding upon the Tribunal in a class of cases (no longer in a particular case).

[19] On November 17, 1998, the Federal Court of Appeal allowed the appeal of the respondents CTEA and CEP respecting the decision of Muldoon J. quashing the decision of the Commission to request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a Tribunal to inquire into the complaints.¹²

[20] The Court restored the decision of the Commission to request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a tribunal to inquire into the pay equity complaints. Bell Canada subsequently filed leave to appeal to the Supreme Court, but such leave was denied on July 8, 1999.¹³

contre la décision du tribunal Leighton relative à son indépendance et à son impartialité institutionnelles¹¹.

[14] Selon M^{me} le juge McGillis, le tribunal Leighton laissait à désirer sur le plan de l'indépendance institutionnelle, ce qui donnait lieu à une crainte raisonnable de partialité. Elle a annulé la procédure déjà engagée et interdit toute autre procédure devant ce tribunal, en attendant que la loi soit modifiée de façon à remédier aux vices relevés.

[15] Certaines modifications apportées à la Loi par L.C. 1998, ch. 9, sont entrées en vigueur le 30 juin 1998. Trois d'entre elles revêtent une importance particulière pour l'affaire en instance.

[16] Aux termes du nouveau paragraphe 48.2(2) [édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 65; L.C. 1998, ch. 9, art. 27], un membre du tribunal, dont le mandat est échu peut, avec l'agrément du président, terminer les affaires dont il est saisi.

[17] Le nouveau paragraphe 48.6(1) [édicte, *idem*] prévoit que les membres du tribunal reçoivent la rémunération que fixe le gouverneur en conseil.

[18] Le nouveau paragraphe 27(2) [mod., *idem*, art. 20] habilite la Commission à émettre, dans une catégorie de cas donnés (et non plus dans un cas donné), des directives auxquelles le tribunal doit se conformer.

[19] Le 17 novembre 1998, la Cour d'appel fédérale fait droit à l'appel formé par les défendeurs ACET et SCEP contre la décision du juge Muldoon portant annulation de la décision de la Commission de demander au président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer un tribunal chargé d'examiner les plaintes en question¹².

[20] La Cour ayant rétabli la décision susmentionnée de la Commission, Bell Canada a demandé l'autorisation de pourvoi en Cour suprême, mais sa demande a été rejetée le 8 juillet 1999¹³.

[21] Following the decision of the Federal Court of Appeal, the Commission and the respondents CTEA and CEP requested the Tribunal to reschedule hearings into the pay equity complaints as soon as possible. This request led to an exchange of correspondence between the parties and the Tribunal as to whether or not to appoint a tribunal and resume the hearings in light of the recent amendments to the Act.

[22] The parties were subsequently informed by the Tribunal's Registrar that the Tribunal's Vice-chairperson would hold a case planning meeting on January 27, 1999 concerning the pay equity complaints.

[23] The case planning meeting was eventually held on January 27 and March 11 and 12, 1999 to determine whether or not a Tribunal should reconvene into the complaints against Bell Canada filed by the respondents CTEA and CEP.

[24] Following this case planning meeting, the Tribunal's Vice-chairperson issued a decision on April 26, 1999 in which he concluded that there were no problems of institutional bias or lack of institutional independence because of the institutional structure and decided that the hearings into the complaints should proceed.¹⁴

[25] In the meantime, the Commission and the respondents CTEA and CEP appealed the decision of McGillis J. The Federal Court of Appeal adjourned the matter *sine die* on June 1, 1999, because "[a]n immediate consideration of the appeal as it now stands would have to be confined to a consideration of the Act as it was prior to June 1998 and its outcome could very well leave the broader controversy unresolved".¹⁵

ISSUES

1. Was the Tribunal correct in deciding that the doctrine of *res judicata* applies to arguments made by the applicant in *Bell Canada v. Canadian Telephone*

[21] Par suite de la décision de la Cour d'appel fédérale, la Commission et les défendeurs ACET et SCEP ont demandé au tribunal d'inscrire de nouveau au rôle les plaintes de disparité salariale de façon qu'elles puissent être entendues dans les meilleurs délais. Il s'en est suivi un échange de correspondance entre les parties et le tribunal sur la question de savoir si, à la suite des modifications récemment apportées à la Loi, il y avait lieu de constituer un tribunal pour reprendre l'audition des plaintes.

[22] Les parties ont été subséquemment informées par le greffier du tribunal que le vice-président tiendrait le 27 janvier 1999 une audience de planification de la procédure relative aux plaintes de disparité salariale.

[23] Cette audience a finalement eu lieu le 27 janvier et les 11 et 12 mars 1999 pour décider si le tribunal devait siéger de nouveau pour examiner les plaintes déposées par les défendeurs ACET et SCEP contre Bell Canada.

[24] À l'issue de l'audience de planification de la procédure, le vice-président du tribunal a rendu le 26 avril 1999 une décision concluant qu'il n'y avait ni partialité institutionnelle ni défaut d'indépendance institutionnelle tenant à la structure organique du tribunal et qu'il fallait poursuivre l'examen des plaintes¹⁴.

[25] Entre-temps, sur appel formé par la Commission et les défendeurs ACET et SCEP contre la décision de M^{me} le juge McGillis, la Cour d'appel fédérale a, le 1^{er} juin 1999, prononcé l'ajournement *sine die* de l'affaire, pour le motif que «l'examen immédiat de l'appel, dans son état actuel, devrait être restreint à un examen de la Loi sous la forme qu'elle avait avant juin 1998, et le résultat de cet examen pourrait fort bien ne pas résoudre le litige, qui est plus large»¹⁵.

LES POINTS LITIGIEUX

1. Le tribunal était-il fondé à décider que l'autorité de la chose jugée s'attache aux arguments proposés par la demanderesse dans *Bell Canada c. Assoc.*

Employees Assn. which were neither rejected expressly by the Court nor expressly relied upon by it?

2. Was the Tribunal correct in holding itself to be institutionally independent and institutionally impartial with respect to:

- (a) the power of the Commission to issue guidelines binding upon the Tribunal;
- (b) the power of the Chairperson to approve the acting of a Tribunal member after the expiry of his/her appointment to conclude a matter;
- (c) the remuneration of Tribunal members provided by Governor in Council;
- (d) disciplinary and remedial measures for the Vice-chairperson and Tribunal members?

ANALYSIS

1. Standard of Review

[26] The Tribunal does not enjoy the protection of a privative clause. The Tribunal is chosen on an *ad hoc* basis with no institutional guarantees that its members will have any expertise in human rights law or in any other area of law. The expertise of the Tribunal relates to fact finding and adjudication in a human right context but does not extend to general questions of law.¹⁶ The decision of the Tribunal respecting its institutional independence and impartiality is a question of law and is therefore subject to review on a standard of correctness.

2. The *Res Judicata* Issue

[27] At the outset, I would like to clarify this issue which will have an impact on the questions to be determined by this Court. The following is a summary of the relevant facts.

[28] On April 10, 1997, the Leighton Tribunal dismissed a motion filed by the applicant seeking the

canadienne des employés de téléphone, lesquels arguments n'ont été ni expressément rejetés ni expressément accueillis par la Cour?

2. Le tribunal était-il fondé à se juger organiquement indépendant et organiquement impartial compte tenu de ce qui suit:

- a) la Commission est habilitée à émettre des directives qui lient le tribunal;
- b) le président peut prolonger le mandat expiré d'un membre du tribunal jusqu'à la conclusion de l'affaire dont celui-ci a été saisi en cours de mandat;
- c) la rémunération des membres du tribunal est fixée par le gouverneur en conseil;
- d) le vice-président et les membres du tribunal peuvent être soumis à des mesures disciplinaires et correctives?

ANALYSE

1. La norme de contrôle judiciaire

[26] Le tribunal ne jouit pas de la protection d'une disposition privative. Il est constitué au gré des cas d'espèce et il n'y a aucune garantie institutionnelle que ses membres aient quelque expertise juridique en droits de la personne ou dans un autre domaine, quel qu'il soit. Son expertise consiste à enquêter sur des faits et à rendre des décisions dans le contexte des droits de la personne, elle ne s'étend pas aux questions générales de droit¹⁶. Toute conclusion de sa part sur son indépendance et son impartialité institutionnelles est une conclusion sur un point de droit et, à ce titre, est soumise à la norme de la décision correcte en cas de contrôle judiciaire.

2. L'autorité de la chose jugée

[27] Je tiens à clarifier en premier lieu cette question qui aura un effet sur les points que la Cour aura à trancher. En résumé, les faits qui s'y rattachent sont les suivants.

[28] Le 10 avril 1997, le tribunal Leighton rejette une requête de la demanderesse en récusation de l'un

recusal of one of its members.¹⁷ The Tribunal concluded, among other things, that the fact that the member had been retained as an expert witness by the Commission, twice prior to his appointment, did not give rise to a reasonable apprehension of bias.

[29] On May 9, 1997, the applicant filed an application for judicial review of this decision to the Federal Court of Canada.¹⁸

[30] On June 4, 1997, the Leighton Tribunal rendered an interim decision involving a number of issues respecting its institutional independence: the *per diem* or the part-time status of Tribunal members; the assignment of Tribunal members to cases on an *ad hoc* basis; the requirement for special arrangements between the Tribunal and Treasury Board for hearings scheduled for more than 40 days; and the power of the Commission to issue guidelines which are binding on the Tribunal.¹⁹

[31] The Leighton Tribunal concluded that it was an independent quasi-judicial body, institutionally capable of providing a fair hearing in accordance with the principles of natural justice and fundamental freedom.

[32] On June 10, 1997, the applicant filed an application for judicial review of this decision to the Federal Court of Canada.²⁰

[33] On March 23, 1998, McGillis J. rendered a decision in which she granted the application for judicial review challenging the independence of the Tribunal but dismissed the one respecting the recusal of a Tribunal member.²¹

[34] McGillis J. concluded that there existed a reasonable apprehension of bias arising in relation to the two core characteristics, the security of tenure and the financial security of Tribunal members appointed under the Act.

[35] McGillis J. found that the nature of the security of tenure afforded to a Tribunal member whose appointment expired during the course of a hearing

de ses membres¹⁷, concluant entre autres que le fait que ce membre avait été cité par la Commission comme expert à deux reprises avant sa nomination ne donnait pas lieu à une crainte raisonnable de partialité.

[29] Le 9 mai 1997, la demanderesse saisit la Cour fédérale du Canada d'un recours en contrôle judiciaire contre cette décision¹⁸.

[30] Le 4 juin 1997, le tribunal Leighton rend une décision provisoire relative à diverses questions touchant son indépendance institutionnelle: l'indemnité journalière ou le statut à temps partiel des membres du tribunal; l'attribution des causes aux membres au cas par cas; la nécessité d'arrangements spéciaux entre le tribunal et le Conseil du Trésor pour les audiences qui doivent durer plus de 40 jours; et le pouvoir de la Commission d'émettre des directives qui lient le tribunal¹⁹.

[31] Par cette décision, le tribunal Leighton conclut qu'il est un organisme quasi judiciaire indépendant, capable sur le plan institutionnel de procéder à l'audition d'une affaire d'une manière équitable et conforme aux principes de justice naturelle et de liberté fondamentale.

[32] Le 10 juin 1997, la demanderesse saisit la Cour fédérale d'un recours en contrôle judiciaire contre cette décision²⁰.

[33] Le 23 mars 1998, M^{me} le juge McGillis fait droit au recours tendant à contester l'indépendance du tribunal, mais déboute la demanderesse de son recours tendant à la récusation de l'un des membres du tribunal²¹.

[34] Elle conclut qu'il y avait une crainte raisonnable de partialité tenant aux deux caractéristiques fondamentales: l'inamovibilité et la sécurité financière des membres nommés au tribunal en application de la Loi.

[35] Selon M^{me} le juge McGillis, l'inamovibilité consentie à un membre du tribunal dont le mandat expirait avant la fin de l'audition d'une affaire était

was tenuous because the ability of that member to continue a matter depended solely and exclusively on the discretionary decision of the Minister to recommend reappointment of that member. McGillis J. concluded that the Act contained no objective guarantee that the prospect of reappointment of that member to complete a matter would not be adversely affected by any decisions, past or present, made by that member.

[36] In her opinion, the Act did not respect the essence of the condition of financial security because the remuneration of a Tribunal member was fixed by the Commission, an interested party in all proceedings. Considering that any increase in the remuneration prescribed by the Commission's by-law would be subject to negotiations between the Tribunal Panel and the Commission, McGillis J. further concluded that such negotiations would create a conflict of interest having a negative impact on the appearance of independence.

[37] She felt however that it was not necessary for her to consider the question of institutional impartiality but she indicated that she had serious reservations in this respect, more particularly with the power of the Commission, an interested party appearing before the Tribunal, to issue binding guidelines on the Tribunal pursuant to subsection 27(2) of the Act.

[38] McGillis J. quashed the proceedings before the Tribunal and ordered that there shall be no further proceedings in the matter, until the problems identified in relation to security of tenure and financial security were corrected by legislative amendments to the Act.

[39] Following the coming into force of amendments to the Act on June 30, 1998 and the decision of the Federal Court of Appeal to restore the decision of the Commission to request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a Tribunal to inquire into the pay equity complaints,²² the Tribunal's Registrar informed the parties that the Tribunal's Vice-chairperson would hold a case planning meeting to determine whether or not a Tribunal should reconvene into the complaints against Bell filed by the respondents CTEA and CEP.

essentiellement précaire parce que la possibilité pour ce membre de continuer à siéger dépendait uniquement et exclusivement de la décision discrétionnaire du ministre de recommander le renouvellement de son mandat. Elle conclut qu'il n'y avait dans la Loi aucune garantie objective que la perspective de renouvellement n'ait rien à voir avec les décisions rendues jusque-là par ce membre.

[36] À son avis, la Loi ne respectait pas au fond l'impératif de sécurité financière puisque la rémunération des membres du tribunal était fixée par la Commission, qui est une partie dans toutes les affaires soumises à celui-ci. Du fait que toute augmentation dans la rémunération fixée par règlement de la Commission serait négociée entre celle-ci et le Comité du tribunal, M^{me} le juge McGillis conclut que les négociations en la matière créeraient un conflit d'intérêts propre à compromettre la perception d'indépendance.

[37] Tout en jugeant qu'il ne lui était pas nécessaire de se pencher sur la question de l'impartialité institutionnelle, elle fait observer qu'elle avait de sérieuses réserves à ce propos, en particulier au sujet du pouvoir dont le paragraphe 27(2) de la Loi investit la Commission, qui est une partie comparissant devant le tribunal, d'émettre des directives qui lient le tribunal.

[38] En conclusion, elle a annulé la procédure devant le tribunal et interdit toute autre procédure dans l'instance, tant que les problèmes relevés au sujet de l'inamovibilité et de la sécurité financière ne seraient pas corrigés par des modifications à la Loi.

[39] À la suite de l'entrée en vigueur, le 30 juin 1998, des modifications apportées à la Loi et de la décision de la Cour d'appel fédérale de rétablir la décision de la Commission de demander au président du Comité du tribunal des droits de la personne de constituer un tribunal chargé d'examiner les plaintes de disparité salariale dont s'agit²², le greffier du tribunal a informé les parties que le vice-président du tribunal tiendrait une audience de planification pour juger s'il y avait lieu de constituer un tribunal chargé d'examiner les plaintes portées par les défendeurs ACET et SCEP contre Bell.

[40] On April 26, 1999, the Tribunal's Vice-chairperson issued a decision in which he found that the problems identified by McGillis J. had been corrected by the amendments to the Act.²³ He therefore concluded that there were no problems of institutional bias or lack of institutional independence because of the institutional structure, and that the hearing by the Tribunal into the complaints should proceed.

[41] With respect to the security of tenure, the Tribunal's Vice-chairperson found that the power of the Chairperson to approve the acting of a member after the expiration of his/her appointment to conclude a matter does not give rise to a reasonable apprehension of bias because such power is not an absolute or unfettered discretion.

[42] The Tribunal's Vice-chairperson rejected the argument of Bell Canada that the disciplinary and remedial measures for Tribunal members as provided by the recent amendments to the Act give rise to a reasonable apprehension of bias because Tribunal members can only be removed for cause and only after a full judicial inquiry.

[43] Regarding the remuneration of a Tribunal member, the Tribunal's Vice-chairperson pointed out that the amendments to the Act now provide that the remuneration is fixed by Governor in Council, and therefore, it is no longer an issue.

[44] The Tribunal's Vice-chairperson noted that the guidelines adopted by the Commission are subordinate legislation and are binding on the Tribunal; they must be interpreted and applied by the Tribunal as any other law. He concluded that there exists sufficient distance between the issuance of a guideline by the Commission and the guideline becoming law not to create a reasonable apprehension of bias.

[45] The Tribunal's Vice-chairperson rejected the other arguments respecting the independence of the Tribunal raised by the applicant, because he felt that these arguments were before the Leighton Tribunal and McGillis J.

[40] Le 26 avril 1999, le vice-président du tribunal rend une décision concluant que les vices relevés par M^{me} le juge McGillis ont été rectifiés par modification de la Loi²³, donc qu'il n'y avait aucun problème de partialité institutionnelle ou de défaut d'indépendance institutionnelle tenant à la structure organique du tribunal, et qu'il fallait procéder à l'examen de ces plaintes.

[41] En ce qui concerne l'inamovibilité, il fait observer que le pouvoir du président de prolonger le mandat expiré d'un membre du tribunal pour que celui-ci puisse continuer à siéger dans une affaire dont il a été saisi en cours de mandat, ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité puisque ce pouvoir du président n'est ni absolu ni illimité.

[42] Il a rejeté l'argument proposé par Bell Canada que les mesures disciplinaires et correctives prévues à l'égard des membres du tribunal lors de la récente modification de la Loi donnent lieu à une crainte raisonnable de partialité, car, selon lui, ces membres ne peuvent être révoqués que pour des motifs légitimes et après enquête judiciaire en règle.

[43] En ce qui concerne la rémunération des membres du tribunal, il fait observer qu'à la suite des modifications susmentionnées, la Loi prévoit maintenant que cette rémunération est fixée par le gouverneur en conseil, ce qui a vidé la question.

[44] Le vice-président note que les directives émises par la Commission sont des textes de législation déléguée et que, à ce titre, elles ont force obligatoire et doivent être interprétées et appliquées par le tribunal au même titre que tout autre texte de loi. Il fait remarquer qu'il y a un intervalle suffisant entre l'adoption d'une directive donnée par la Commission et son application pour qu'il n'y ait pas crainte raisonnable de partialité.

[45] Le vice-président du tribunal a rejeté les autres arguments proposés par la demanderesse au sujet de l'indépendance du tribunal pour le motif que les mêmes arguments avaient été soumis au tribunal Leighton et à M^{me} le juge McGillis.

[46] The applicant takes the position before this Court that McGillis J. either agreed with the other arguments or did not rule on them (with the exception of the Tribunal staff being Commission employees); therefore, the issues not considered by McGillis should not be *res judicata*.

[47] The Commission submit that the arguments raised by Bell Canada which were not identified by McGillis J. as problematic were implicitly dismissed by her and are now *res judicata*. The same applies, according to the Commission, to arguments not raised but ought to have been raised by Bell Canada.

[48] The respondents CTEA and CEP take the same position. They further argue that once the problems identified by McGillis J. in regard to security of tenure and financial security were corrected by amendments to the Act, the Tribunal would meet the requirements for institutional independence and the proceedings before the Tribunal could resume. According to counsel, McGillis J. has implicitly rejected the additional arguments raised by Bell Canada regarding the Tribunal's institutional independence and impartiality.

[49] According to the authors Sopinka, Lederman and Bryant, there exists two principles respecting the doctrine of *res judicata*:

There are two principles subsumed under the heading *res judicata*. The first is that any action or issue which has been litigated and upon which a decision has been rendered cannot be retried in a subsequent suit between the same parties or their privies. This principle prevents the *contradiction* of that which was determined in the previous litigation, by prohibiting the relitigation of issues already actually addressed.

The second principle makes it mandatory that a plaintiff asserting a cause of action must claim all possible relief in respect thereto, and prevents any second attempt to invoke the aid of the courts in the same cause. It is sometimes called "merger" because the plaintiff's cause of action becomes "merged" in the judgment. The judgment actually operates as a comprehensive declaration of the rights of *all* parties in respect of the matters in issue. As a result, the rule applies equally to a defendant who must put forward all defences which will defeat the plaintiff's action; the defendant who does not will be debarred from raising them subsequently. This principle prevents the fragmentation of

[46] Devant la présente Cour, la demanderesse soutient que soit M^{me} le juge McGillis a fait droit à ces autres arguments soit qu'elle ne s'est pas prononcée là-dessus (à l'exception de l'argument que le personnel du tribunal fait aussi partie du personnel de la Commission) et que, de ce fait, il ne faut pas considérer comme chose jugée les points sur lesquels elle ne s'est pas prononcée.

[47] La Commission soutient que M^{me} le juge McGillis ayant implicitement rejeté les arguments proposés par Bell qu'elle n'a pas jugés elle-même déterminants, il y a autorité de la chose jugée sur ces points. Il en est de même des arguments que Bell Canada n'a pas proposés et qu'elle aurait dû proposer.

[48] Les défendeurs ACET et SCEP sont du même avis. Ils soutiennent aussi qu'une fois que les réserves exprimées par M^{me} le juge McGillis quant à l'inamovibilité et à la sécurité financière ont été dissipées par la modification de la Loi, le tribunal satisfaisait à l'impératif d'indépendance institutionnelle et la procédure pouvait reprendre. Selon leur avocat, M^{me} le juge McGillis a implicitement rejeté les autres arguments proposés par Bell Canada au sujet de l'indépendance et de l'impartialité institutionnelles du tribunal.

[49] Selon Sopinka, Lederman et Bryant, les deux principes suivants régissent la doctrine de l'autorité de la chose jugée:

[TRADUCTION] L'autorité de la chose jugée recouvre deux principes. Le premier pose que toute action ou question litigieuse qui a été jugée et a fait l'objet d'une décision ne peut être jugée de nouveau dans un procès subséquent entre les mêmes parties ou leurs ayants droit. Ce principe vise à prévenir la *contradiction* de ce qui a été décidé lors d'un litige précédent, en interdisant de revenir sur des points qui ont été déjà effectivement jugés.

Le second principe fait obligation au demandeur qui fait valoir un droit en justice de conclure à toute mesure de réparation possible en la matière, et vise à prévenir toute seconde tentative de demander l'intervention de la justice dans la même cause. On parle alors de «fusion» parce que la cause d'action du demandeur «fusionne» avec le jugement. Celui-ci est effectivement un jugement déclaratoire portant sur tous les droits de *toutes* les parties en ce qui concerne les points litigieux. Par suite, cette règle s'applique également au défendeur qui doit opposer tous ses moyens de défense à l'action du demandeur; celui qui ne le fait pas ne sera pas recevable à les faire valoir par la suite. Le principe

litigation by prohibiting the litigation of matters that were never actually addressed in the previous litigation, but which properly belonged to it.²⁴

[50] With respect to the institutional independence of the Tribunal, it is no longer necessary to make an application to the Minister to extend the appointment of a Tribunal member whose term has expired during a hearing; the Chairperson now has the power to approve the acting of a member after the expiration of his/her appointment to conclude the matter, pursuant to subsection 48.2(2) of the amended Act.

[51] Regarding the remuneration of a Tribunal member, the remuneration is provided by Governor in Council, and no longer by the Commission, pursuant to subsection 48.6(1) of the amended Act.

[52] Obviously, these amendments were not analysed by McGillis J. as they came into force after her decision. The issues are now different and there is nothing stopping the applicant from raising arguments in this respect.

[53] Concerning the other arguments raised by the applicant respecting the institutional independence and impartiality of the Tribunal, the order of McGillis J. clearly contemplated that once the specific problems identified were corrected, the Tribunal would meet the requirements for institutional independence and the proceedings before the Tribunal could resume. She did not identify any other problematic issues or errors made by the Leighton Tribunal.

[54] The applicant is therefore estopped from raising the same arguments before this Court. According to the authors Sopinka, Lederman and Bryant, the principles of issue estoppel are described as follows:

Issue estoppel usually results from the application of the first of the principles described above [*res judicata*]: that parties cannot call into question issues which have already been decided between them. . . .

. . .

Issue estoppel applies equally to issues which, although not expressly raised in the previous case, are necessarily

visé à prévenir la fragmentation des litiges, en interdisant de faire valoir en justice des points qui n'ont pas été soulevés lors du litige précédent, mais qui en faisaient vraiment partie²⁴.

[50] En ce qui concerne l'indépendance institutionnelle du tribunal, il n'est plus nécessaire de s'adresser au ministre pour prolonger le mandat d'un membre qui prend fin en cours d'audience; aux termes du nouveau paragraphe 48.2(2) de la Loi, le membre dont le mandat est échu peut, avec l'agrément du président, terminer les affaires dont il est saisi.

[51] En ce qui concerne la rémunération des membres du tribunal, le nouveau paragraphe 48.6(1) de la Loi prévoit maintenant qu'elle est fixée par le gouverneur en conseil, et non pas par la Commission comme par le passé.

[52] Par la force des choses, M^{me} le juge McGillis n'a pas analysé ces modifications, qui sont entrées en vigueur après sa décision. Les points litigieux sont maintenant différents et rien n'interdit à la demanderesse de proposer des arguments sur ces points.

[53] En ce qui concerne les autres arguments proposés par la demanderesse au sujet de l'indépendance et de l'impartialité institutionnelles du tribunal, l'ordonnance de M^{me} le juge McGillis signifiait clairement qu'une fois rectifiés les problèmes relevés, le tribunal satisferait à l'impératif d'indépendance institutionnelle et l'examen des plaintes pourrait reprendre. Elle n'a relevé aucun autre vice ni aucune autre erreur commise par le tribunal Leighton.

[54] La demanderesse est donc irrecevable à proposer les mêmes arguments devant notre Cour. Sopinka, Lederman et Bryant expliquent de la façon suivante les principes régissant l'irrecevabilité des points déjà jugés:

[TRADUCTION] L'irrecevabilité à remettre en cause une question résulte normalement de l'application du premier des principes énoncés ci-dessus [autorité de la chose jugée], à savoir que les parties ne peuvent revenir sur des points qui ont été déjà décidés entre elles [. . .]

[. . .]

Cette irrecevabilité s'applique également aux points litigieux qui, s'ils n'ont pas été expressément soulevés dans

assumed in it or negated by it.²⁵

[55] The arguments raised by the applicant were necessarily assumed or negated by the decision of McGillis J.

[56] Regarding the institutional impartiality, it is clear from the decision that McGillis J. expressed concerns in *obiter dictum* about the power of the Commission to issue guidelines binding upon the Tribunal but she did not decide on this point. These concerns are not part of the *ratio decidendi* and cannot proscribe the applicant from arguing them in the present matter.

[57] Therefore, the only issues left for this Court to decide are whether or not an informed person would have a reasonable apprehension of bias, both in terms of institutional independence and impartiality, with regards to:

- (a) the power of the Commission to issue guidelines binding upon the Tribunal;
- (b) the power of the Chairperson to approve the acting of a Tribunal member after the expiry of his/her appointment to conclude a matter;
- (c) the remuneration of Tribunal members provided by Governor in Council;
- (d) disciplinary and remedial measures for the Vice-chairperson and Tribunal members.

3. The Principles on Institutional Independence and Impartiality

[58] The Supreme Court of Canada has recognized in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)* that judicial independence is a constitutional right:

Judicial independence is an unwritten norm, recognized and affirmed by the preamble to the *Constitution Act, 1867*. In

le litige précédent, sont par la force des choses soit implicitement pris en compte dans ce dernier soit réfutés par son résultat²⁵.

[55] Les arguments proposés par la demanderesse ont été par la force des choses, soit implicitement pris en compte dans la décision de M^{me} le juge McGillis, soit réfutés par l'effet de cette décision.

[56] En ce qui concerne l'impartialité institutionnelle, il ressort de la décision de M^{me} le juge McGillis qu'elle a exprimé de façon incidente des réserves quant au pouvoir de la Commission d'émettre des directives qui lient le tribunal, mais elle ne s'est pas prononcée sur ce point. Ces réserves ne font donc pas partie de ses motifs de décision et n'ont pas pour effet d'interdire à la demanderesse de soulever ce point dans l'instance.

[57] En conséquence, il ne reste plus à la Cour qu'à examiner si une personne informée aurait une crainte raisonnable de partialité, sur le plan de l'indépendance et de l'impartialité institutionnelle, du fait:

- a) que la Commission est habilitée à émettre des directives qui lient le tribunal;
- b) que le président peut prolonger le mandat expiré d'un membre du tribunal jusqu'à la conclusion de l'affaire dont celui-ci a été saisi en cours de mandat;
- c) que la rémunération des membres du tribunal est fixée par le gouverneur en conseil;
- d) que le vice-président et les membres du tribunal peuvent être soumis à des mesures disciplinaires et correctives.

3. Les principes d'indépendance et d'impartialité institutionnelles

[58] Dans *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, la Cour suprême du Canada a souligné le fondement constitutionnel de l'indépendance du pouvoir judiciaire:

L'indépendance de la magistrature est une norme non écrite, reconnue et confirmée par le préambule de la *Loi*

fact, it is in that preamble, which serves as the grand entrance hall to the castle of the Constitution, that the true source of our commitment to this foundational principle is located.²⁶

[59] In her decision, McGillis J. has very aptly analysed the jurisprudence of the Supreme Court of Canada pertaining to judicial independence. Thus, there is no need in the present case to repeat the same exercise. I will, therefore, only refer to her summary:

. . . judicial independence is part of the rules of natural justice, and as such applies to proceedings before administrative tribunals performing an adjudicative role. In determining the judicial independence of a tribunal, both its institutional independence and its institutional impartiality may be challenged. With respect to institutional independence, the classic test in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, *supra*, as approved in *Valente v. The Queen et al.*, *supra* and virtually all of the other applicable Supreme Court of Canada cases, must be applied to an analysis of the three core characteristics of judicial independence: security of tenure, financial security and administrative independence. The test should be applied flexibly, having regard to the functions exercised by the tribunal. The level of institutional independence required will depend on the nature of the tribunal, the interests at stake and other indices of independence.²⁷

[60] However, it may be useful to add a few comments on the interdependence between the concept of institutional independence and impartiality.

[61] In *Lippé*,²⁸ the Court recognized that notwithstanding judicial independence there may also exist a reasonable apprehension of bias on an institutional or structural level: “[t]he objective status of the tribunal can be as relevant for the “impartiality” requirement as it is for “independence”.²⁹ The Court acknowledges that if the system is structured in such a way as to create a reasonable apprehension of bias on an institutional level, the requirement of impartiality is not met. In other words, one is the cornerstone of the other.

[62] Thus, the test to apply to institutional impartiality is the same as the test applicable to the issue of independence. As indicated by McGillis J. it was set

constitutionnelle de 1867. En fait, c’est dans le préambule, qui constitue le portail de l’édifice constitutionnel, que se trouve la véritable source de notre engagement envers ce principe fondamental²⁶.

[59] Dans sa décision, M^{me} le juge McGillis a fait une analyse très fine de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière d’indépendance du pouvoir judiciaire. Pareille analyse n’est donc pas nécessaire en l’espèce. Je me contenterai de citer le récapitulatif qu’elle en donne:

[. . .] l’indépendance judiciaire fait partie des règles de la justice naturelle et [. . .] en conséquence, elle s’applique aux instances devant les tribunaux administratifs qui exercent des fonctions décisionnelles. L’examen de l’indépendance judiciaire d’un tribunal peut porter à la fois sur son indépendance institutionnelle et sur son impartialité institutionnelle. En ce qui a trait à l’indépendance institutionnelle, le critère classique énoncé dans l’arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l’énergie et autres*, précité, approuvé dans l’arrêt *Valente c. La Reine et autres*, précité, et pratiquement tous les autres arrêts de la Cour suprême du Canada, doit s’appliquer à l’analyse des trois caractéristiques fondamentales de l’indépendance judiciaire: l’immovibilité, la sécurité financière et l’indépendance administrative. Ce critère doit être appliqué avec souplesse, compte tenu des fonctions exercées par le tribunal. Le niveau d’indépendance judiciaire requis dépendra de la nature du tribunal, des intérêts en jeu et des autres signes indicatifs de l’indépendance²⁷.

[60] Il est cependant peut-être utile d’ajouter quelques observations sur le lien entre les deux concepts d’indépendance institutionnelle et d’impartialité institutionnelle.

[61] Dans *Lippé*²⁸, la Cour suprême a pris acte de ce que nonobstant l’indépendance du pouvoir judiciaire, il peut y avoir une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel ou structurel: «[l]e statut objectif du tribunal peut s’appliquer tout autant à l’exigence d’“impartialité” qu’à celle d’“indépendance”»²⁹. Elle ajoute que si le système est structuré de façon à susciter une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel, on ne satisfait pas à l’exigence d’impartialité. En d’autres termes, chaque exigence sert d’assise à l’autre.

[62] Il s’ensuit que le critère de l’impartialité institutionnelle est le même qu’à l’égard de l’indépendance. Ainsi que l’a rappelé M^{me} le juge McGillis, ce critère

out in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*³⁰

. . . the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is “what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude”.³¹

[63] It is also important to underline that the Supreme Court of Canada has recognized that there should be some flexibility in applying these principles regarding judicial independence to administrative tribunals and that these tribunals do not necessarily have to provide the same objective guarantees of independence as courts.³²

[64] It is necessary to look at the functions being performed by the Tribunal, its nature, the interests at stake and other indices of independence.³³ The practice of the Tribunal may also be relevant in this regard.³⁴

[65] Thus, when dealing with administrative agencies which have several roles to play, including many which are administrative in nature, such as the Matsqui Indian Band,³⁵ the Vancouver Stock Exchange,³⁶ or the Régie des permis d'alcool du Québec,³⁷ there needs to be more flexibility in applying the principles relating to institutional independence and impartiality.

[66] However, the requisite level of independence is different for an administrative Tribunal, such as the Canadian Human Rights Tribunal, which has purely an adjudicative role and which law it adjudicates concerns the human rights of the land recognized by the Supreme Court of Canada in *Heerspink*³⁸ to be, save the constitutional laws, more important than all other laws. Suffice to note that courts have consistently held that, by its very nature, human rights legislation requires utmost care in respect of the procedures it follows.

[67] In this respect, I fully agree with my colleague, McGillis J., in the decision referred above, as to the

est défini dans *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*³⁰:

[. . .] la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d'appel, ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique»³¹.

[63] Il faut aussi souligner que la Cour suprême du Canada a reconnu qu'il faut faire preuve d'une certaine souplesse dans l'application de ces critères d'indépendance judiciaire aux tribunaux administratifs et que ceux-ci ne doivent pas nécessairement justifier des mêmes garanties objectives d'indépendance que les tribunaux judiciaires³².

[64] Il est nécessaire de prendre en considération les fonctions et la nature du tribunal administratif concerné, les intérêts en jeu ainsi que d'autres attributs d'indépendance³³. La pratique et la procédure du tribunal peuvent aussi entrer en ligne de compte³⁴.

[65] Ainsi donc, lorsqu'il s'agit d'organismes administratifs investis de plusieurs fonctions, dont un grand nombre est d'ordre administratif, comme la Bande indienne de Matsqui³⁵, la Bourse de Vancouver³⁶, ou la Régie des permis d'alcool du Québec³⁷, il faut faire preuve de plus de souplesse dans l'application des principes touchant l'indépendance et l'impartialité institutionnelles.

[66] Cependant, le niveau requis d'indépendance n'est pas le même pour un tribunal administratif comme le Tribunal canadien des droits de la personne, qui exerce une fonction purement juridictionnelle dans le cadre de lois qui touchent les droits de la personne du pays et que la Cour suprême du Canada a reconnues dans *Heerspink*³⁸ comme primant toute autre loi, sauf les lois constitutionnelles. Il suffit de rappeler à ce propos que selon une jurisprudence constante, la législation en matière de droits de la personne, de par sa nature même, impose de faire grande attention en ce qui concerne les procédures appliquées.

[67] À cet égard, je partage pleinement la conclusion de ma collègue M^{me} le juge McGillis dans la décision

nature of the Tribunal and its requisite level of independence:

. . . given the purely adjudicative role and the functions performed by a Tribunal in relation to rights and interests which are quasi-constitutional in nature, I am satisfied that a high level of independence is required, and that a relatively strict application of the principles in *Valente v. The Queen et al.*, *supra*, is warranted.³⁹

[68] In other words, in my opinion, the level of independence will be at the high end of the spectrum taking into account that it is not a court and as such some flexibility should be demonstrated.

4. Application to the present case

A. The Power of the Commission to Issue Guidelines Binding Upon the Tribunal

[69] The Commission has delegated legislative authority to issue guidelines, which are binding upon the Tribunal members' application and interpretation of the Act, pursuant to section 27 of the Act:

27. . . .

(2) The Commission may, on application or on its own initiative, by order, issue a guideline setting out the extent to which and the manner in which, in the opinion of the Commission, any provision of this Act applies in a class of cases described in the guideline.

(3) A guideline issued under subsection (2) is, until it is revoked or modified, binding on the Commission and any member or panel assigned under subsection 49(2) with respect to the resolution of a complaint under Part III regarding a case falling within the description contained in the guideline.

[70] The matter before the Tribunal involves the application and the interpretation of section 11 of the Act:

11. (1) It is a discriminatory practice for an employer to establish or maintain differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value.

. . .

(4) Notwithstanding subsection (1), it is not a discriminatory practice to pay to male and female employees different

susmentionnée, au sujet de la nature du tribunal et du niveau d'indépendance nécessaire:

[. . .] compte tenu du rôle purement décisionnel des tribunaux et des fonctions qu'ils exercent à l'égard de droits et d'intérêts de nature quasi constitutionnelle, je suis convaincue qu'ils doivent bénéficier d'un haut degré d'indépendance, et qu'une application relativement stricte des principes énoncés dans l'arrêt *Valente c. La Reine et autres*, précité, est justifiée³⁹.

[68] En d'autres termes, selon moi, ce niveau d'indépendance se situe en haut de l'échelle. Il faut cependant tenir compte de ce qu'il n'est pas un tribunal judiciaire et que de ce fait, il faut faire preuve d'une certaine souplesse.

4. Application en l'espèce des principes énoncés ci-dessus

A. Le pouvoir de la Commission d'émettre des directives qui lient le tribunal

[69] L'article 27 de la Loi investit la Commission d'un pouvoir de législation déléguée l'autorisant à émettre des directives qui lient les membres du tribunal dans l'application et l'interprétation de la Loi:

27. [. . .]

(2) Dans une catégorie de cas donnés, la Commission peut, sur demande ou de sa propre initiative, décider de préciser, par ordonnance, les limites et les modalités de l'application de la présente loi.

(3) Les ordonnances prises en vertu du paragraphe (2) lient, jusqu'à ce qu'elles soient abrogées ou modifiées, la Commission et le membre instructeur désigné en vertu du paragraphe 49(2) lors du règlement des plaintes déposées conformément à la partie III.

[70] L'affaire dont est saisi le tribunal requiert l'application et l'interprétation de l'article 11 de la Loi, rédigé en partie comme suit:

11. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur d'instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes.

[. . .]

(4) Ne constitue pas un acte discriminatoire au sens du paragraphe (1) la disparité salariale entre hommes et femmes

wages if the difference is based on a factor prescribed by guidelines, issued by the Canadian Human Rights Commission pursuant to subsection 27(2), to be a reasonable factor that justifies the difference.

[71] The Commission has issued guidelines respecting the interpretation of this section, titled the *Equal Wages Guidelines, 1986* [SOR/86-1082].

[72] Counsel for the respondents submit that the recent amendments to subsection 27(2) of the Act, more particularly the removal of the words “in a particular case”, have fully addressed and resolved the issue.

[73] I disagree. In my opinion, the power of the Commission to issue binding guidelines in “a class of cases” doesn’t change the crux of the problem because the Tribunal will still be bound to apply the guidelines in these cases. McGillis J.’s serious reservations arose from the binding nature of the guidelines. In fact, she concluded that the problem would be eliminated by making the guidelines non-binding regardless of the presence (or absence) of the words “in a particular case”.

[74] Counsel for the applicant argues that the institutional structure of the Tribunal is such that it is precluded from making an independent judgment in any class of cases in which binding guidelines are issued by the Commission, a party in interest before the Tribunal. This leads to the inevitable perception of bias and lack of institutional independence.

[75] I agree with the applicant that the guidelines issued by the Commission, a party before the Tribunal, is incompatible with the guarantees of institutional independence and impartiality.

[76] It gives the Commission a special status that no other party appearing before the Tribunal could enjoy. It can influence the Tribunal in telling it how to interpret the law. This is true whether or not the

fondée sur un facteur reconnu comme raisonnable par une ordonnance de la Commission canadienne des droits de la personne en vertu du paragraphe 27(2).

[71] La Commission a émis, sous le titre d’*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale* [DORS/86-1082], des directives sur l’interprétation de la disposition ci-dessus.

[72] L’avocat des défendeurs soutient que la récente modification du paragraphe 27(2) de la Loi, en particulier par la suppression des mots «dans un cas donné», a parfaitement résolu et vidé la question.

[73] Je ne suis pas de cet avis. Le pouvoir qu’a la Commission d’émettre des directives d’application obligatoire dans «une catégorie de cas donnés» ne change rien au fond du problème puisque le tribunal sera toujours tenu de s’y conformer dans ces cas. C’est le caractère obligatoire de ces directives qui a suscité les sérieuses réserves de M^{me} le juge McGillis. En fait, elle a conclu que le problème serait éliminé si ces directives n’étaient pas d’application obligatoire, nonobstant la présence (ou l’absence) des mots «dans un cas donné».

[74] L’avocat de la demanderesse soutient que la structure organique du tribunal est telle que celui-ci ne peut faire œuvre de jugement indépendant dans aucune catégorie de cas à l’égard de laquelle des directives d’application obligatoire ont été émises par la Commission, qui est une partie dans l’instance devant le tribunal. Pareille situation suscite inéluctablement une impression de partialité et de défaut d’indépendance institutionnelle.

[75] Je conviens avec la demanderesse que des directives émises par la Commission, qui est une partie devant le tribunal, ne sont pas compatibles avec les garanties d’indépendance et d’impartialité institutionnelles.

[76] Ces directives donnent à la Commission un statut spécial dont ne jouit aucune autre partie comparissant devant le tribunal. Elles peuvent influencer le tribunal en lui indiquant comment il faut interpréter la

guidelines are *intra vires* or *ultra vires*.

[77] Further, in my opinion, the Tribunal's decision-making power is unquestionably fettered by the issuance of binding guidelines on the interpretation of the Act. It restricts the Tribunal to adjudicate cases in a direction imposed by the Commission.

[78] This power is quite unique. No regulation-making power in any legislation allows a party to determine the extent and manner to which its enabling legislation is to be interpreted.

[79] The nature of the binding guidelines is different from the nature of subordinate legislation. Subordinate legislation, such as regulations, is normative in nature, and general and impersonal in scope. Subordinate legislation creates legal norms of conduct which are designed to all.⁴⁰

[80] To the contrary, the guidelines focus on giving specific directions to the Tribunal. The guidelines provide specific criteria to be applied by the Tribunal in a class of cases. The guidelines adopted by the Commission, which is a party in interest in the proceedings, put improper pressure on the Tribunal as to the outcome of a decision in a class of cases.

[81] There is no doubt in my mind that the test established by the Supreme Court of Canada in *Lippé*⁴¹ for the existence of a reasonable apprehension of institutional bias and institutional independence is met.

[82] An informed person viewing the matter realistically and practically and having thought the matter through would come to this conclusion.

[83] Successive Tribunal presidents have expressed their concerns in this regard. They represent, in my opinion, strong evidence of the informed person viewing the matter realistically.

[84] Furthermore, with the exception of its conclusion that the guidelines are non-binding on the

loi. Et il en est ainsi que ces directives soient *intra vires* ou *ultra vires*.

[77] Qui plus est, le pouvoir juridictionnel du tribunal est indubitablement limité par des directives d'application obligatoire sur l'interprétation de la Loi, lesquelles le forcent à se prononcer dans le sens voulu par la Commission.

[78] Un tel pouvoir n'a son pareil nulle part. Aucune loi ne prévoit un pouvoir de réglementation qui permette à une partie d'imposer les limites et les modalités d'interprétation de sa loi habilitante.

[79] Les directives d'application obligatoire ne sont pas de même nature que les textes de législation déléguée. Ceux-ci, tels les règlements, sont normatifs par nature, et ont une portée générale et impersonnelle. La législation déléguée institue des normes légales de conduite, destinées à tous⁴⁰.

[80] Par contraste, les directives tracent une orientation précise pour le tribunal. Elles instituent des critères particuliers à appliquer par celui-ci dans une catégorie de cas donnés. Adoptées par la Commission qui est une partie à l'instance, elles exercent indûment une pression sur le tribunal quant à l'issue de l'instance dans une catégorie de cas donnés.

[81] Je ne doute pas que les conditions soient réunies en l'espèce pour susciter une crainte raisonnable de partialité institutionnelle et de défaut d'indépendance institutionnelle, selon le critère défini par la Cour suprême dans *Lippé*⁴¹.

[82] C'est la conclusion que tirerait à coup sûr une personne bien informée, qui examinerait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique.

[83] Des présidents successifs du tribunal ont exprimé leurs préoccupations sur ce point. Ils représentent parfaitement, à mon avis, le point de vue de la personne bien informée qui examinerait la question en profondeur.

[84] D'ailleurs, à part sa conclusion qu'il n'est pas lié par les directives en question, je partage entière-

Tribunal, I fully agree with the Tribunal in *Canadian Union of Public Employees (Airline Division) v. Canadian Airlines International Limited and Air Canada*⁴² on the effect of binding guidelines:

. . . then two fundamental principles of our constitutional order and democratic system would be undermined. The first principle to be undermined would be the fundamental right of all persons to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice. . . .

Second, fundamental norms of our democratic system would also be compromised. In particular, the issuance of guidelines from an executive agency of government putting binding fetters on the decision-making power of a quasi-judicial body would logically undermine principles of judicial independence and the separation of powers If the guidelines issued pursuant to subsections 27(2) and (3) are binding on the Tribunal, it would not make sense for such guidelines not to be also binding in some sense on the courts supervising the Tribunal. It would be illogical to interpret the CHRA in a manner which leads to the conclusion that Parliament intended that a Human Rights Tribunal would have its quasi-judicial decision-making powers fettered by guidelines issued under subsections 27(2) and (3) of the Act, but these same guidelines could be totally ignored or ruled invalid by the reviewing Courts.⁴³

[85] In the present case the Tribunal's Vice-chairperson erred in finding that there was no problem of institutional independence or bias because it had been issued in accordance with the *Statutory Instruments Act*.⁴⁴

[86] If it was the case, no court could ever strike down statutory provisions lacking the guarantees of institutional independence. The problem stems from the provisions of the Act itself giving this power to the Commission not from the manner and procedure which the guidelines are passed.

[87] In such a case does the Tribunal have the power to declare subsections 27(2) and 27(3) [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 20] of the Act or the guideline issued inoperative or not binding?

[88] The respondents argue that the guidelines are nothing more than subordinate or delegated legislation,

ment l'avis exprimé par le tribunal dans *Syndicat canadien de la fonction publique (Division du transport aérien) c. Lignes aériennes Canadien International Limitée et Air Canada*⁴² sur l'effet des directives d'application obligatoire:

[. . .] deux principes fondamentaux de notre constitution et de notre démocratie seraient alors compromis. Le premier de ces principes à être compromis serait le droit fondamental de toutes les personnes à une audience équitable conformément aux principes de la justice fondamentale [. . .]

En second lieu, des normes fondamentales de notre système démocratique seraient également compromises. En particulier, la promulgation d'ordonnances d'un organisme exécutif du gouvernement imposant des entraves contraignantes au pouvoir de décision d'une entité quasi-judiciaire compromettrait logiquement les principes de l'indépendance judiciaire et de la séparation des pouvoirs [. . .] Si les ordonnances émises en vertu des paragraphes 27(2) et (3) sont contraignantes pour les tribunaux, il serait logique que de telles ordonnances soient également contraignantes d'une certaine façon pour les cours qui supervisent le Tribunal. Il serait illogique d'interpréter la LCDP de manière à conclure que le Parlement souhaitait que les pouvoirs de décision quasi-judiciaires du Tribunal des droits de la personne soient entravés par des ordonnances émises en vertu des paragraphes 27(2) et (3) de la Loi, mais que ces mêmes ordonnances puissent être totalement ignorées ou invalidées par les cours de révision⁴³.

[85] En l'espèce, le vice-président du tribunal a commis une erreur par sa conclusion que la question de l'indépendance ou de l'impartialité institutionnelle ne se posait pas parce que les directives en question ont été données conformément à la *Loi sur les textes réglementaires*⁴⁴.

[86] S'il en était ainsi, aucune cour ne pourrait jamais invalider des textes réglementaires dont sont absentes les garanties d'indépendance institutionnelle. Le problème tient aux dispositions de la Loi elle-même qui investissent la Commission de ce pouvoir, et non aux modalités d'adoption des directives.

[87] Dans ces conditions, le tribunal a-t-il le pouvoir de déclarer que les dispositions des paragraphes 27(2) et 27(3) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 20] de la Loi ou les directives en question sont inopérantes ou qu'il n'est pas lié par elles?

[88] Les défendeurs soutiennent que ces directives ne sont rien d'autre qu'un texte de législation

akin to regulations. They rely on *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada et al.*⁴⁵ for the proposition that “although the Tribunal is said to be bound by the Commission’s Guideline, this is no more than stating that the Tribunal, together with all other statutory tribunals, is bound by law to the extent that any particular provision of such law is valid and binding”.

[89] In my opinion, the decision in *PSAC* has to be seen in light of the subsequent decision of the Supreme Court of Canada in *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*.⁴⁶

[90] In *Cooper*, La Forest J. for the majority decided that given the limited jurisdiction of the Commission it follows that a Tribunal appointed under the Act must also lack the jurisdiction to declare invalid a limited provision of the Act.

[91] The Court had to determine whether or not the Commission and the Tribunal had jurisdiction to strike down a provision of the Act as being contrary to the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

[92] With respect to the constitutional competence of the Tribunal, La Forest J. pointed out that the essential question was to determine if Parliament has granted the administrative tribunal through its enabling statute, either explicitly or implicitly, the power to determine questions of law. If it does have a general power to consider questions of law, then it follows by the operation of subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*⁴⁷ that it must be able to address constitutional issues including the constitutional validity of its enabling statute.

[93] The respondents submit that since subsection 50(2) [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 27] of the Act was amended to clarify the Tribunal’s power to decide all questions of law or fact necessary to determine the matter under inquiry and that it can now do so.

déléguée, semblable à un règlement. Ils citent à l’appui cette conclusion tirée dans la cause *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada et al.*⁴⁵: «même si le tribunal est censé être lié par l’ordonnance de la Commission, il ne l’est, à l’instar de tout autre tribunal créé par la loi, que dans la mesure où la disposition particulière de ce texte législatif est valide et exécutoire».

[89] À mon avis, la décision *AFPC* doit être saisie à la lumière de la décision subséquemment rendue par la Cour suprême du Canada dans *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*⁴⁶.

[90] Dans cette dernière cause, le juge La Forest, prononçant le jugement de la majorité, conclut qu’il résulte de la compétence limitée de la Commission qu’un tribunal constitué sous le régime de la Loi n’est pas lui non plus habilité à déclarer invalide une disposition donnée de la Loi.

[91] La Cour était appelée à examiner si la Commission ou le tribunal avaient le pouvoir d’invalider une disposition de la Loi pour atteinte à la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

[92] En ce qui concerne la compétence du tribunal au regard de la Constitution, le juge La Forest fait remarquer qu’il s’agissait au premier chef d’examiner si le législateur l’avait investi par sa loi habilitante, expressément ou implicitement, du pouvoir de se prononcer sur des questions de droit. Le tribunal serait-il investi du pouvoir général de juger des questions de droit, cela signifierait que par l’effet du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴⁷, il doit être habilité à connaître des questions constitutionnelles, y compris de la validité constitutionnelle de sa propre loi habilitante.

[93] Les défendeurs soutiennent que, depuis, le paragraphe 50(2) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 27] de la Loi a été modifié de façon à préciser le pouvoir dont est investi le tribunal pour trancher toutes les questions de droit et de fait dans les affaires dont il est saisi et qu’il peut le faire dorénavant.

[94] I am unable to view the power conferred by subsection 50(2) as a general power to consider questions of law. Subsection 50(2) reads as follows:

50. . . .

(2) In the course of hearing and determining any matter under inquiry, the member or panel may decide all questions of law or fact necessary to determining the matter.

[95] It amounts to no more than giving the Tribunal the power to interpret and apply its enabling statute when required to resolve a complaint before it.

[96] The expertise of the Tribunal relates to fact finding and adjudication in a human right context to determine whether or not a discriminatory practice occurred, but this expertise does not extend to general questions of law.⁴⁸ There exists no pragmatic and policy concerns in the present matter that favours the Tribunal having constitutional competence.

[97] It is important to note that La Forest J. cautioned that in determining whether or not the Tribunal has jurisdiction to consider Charter arguments, various practical matters should be examined, such as the expertise of the Tribunal, the ability to accept evidence well suited for a human rights complaint determination but inappropriate when addressing the constitutionality of a legislation provision, the added complexity and other pragmatic and policy concerns that may argue for or against the Tribunal having constitutional jurisdiction.

[98] He stated:

. . . a tribunal does not have any special expertise except in the area of factual determinations in the human rights context. Second, any efficiencies that are *prima facie* gained by avoiding the court system will be lost when the inevitable judicial review proceeding is brought in the Federal Court. Third, the unfettered ability of a tribunal to accept any evidence it sees fit is well suited to a human rights complaint determination but is inappropriate when addressing the constitutionality of a legislative provision. Finally, and perhaps most decisively, the added complexity, cost, and time that would be involved when a tribunal is to hear a constitutional question would erode to a large degree the primary goal sought in creating the tribunals, i.e., the

[94] Il m'est impossible de voir dans le pouvoir prévu au paragraphe 50(2) un pouvoir général de se prononcer sur des questions de droit. Cette disposition prévoit:

50. [. . .]

(2) Il tranche les questions de droit et les questions de fait dans les affaires dont il est saisi en vertu de la présente partie.

[95] Cette disposition ne fait qu'investir le tribunal du pouvoir d'interpréter et d'appliquer sa loi habilitante lorsqu'il est saisi d'une plainte.

[96] L'expertise du tribunal consiste à enquêter et à se prononcer sur les faits en matière de droits de la personne pour juger s'il y a eu acte discriminatoire; elle ne s'étend pas aux questions générales de droit⁴⁸. Il n'y a en l'espèce aucune considération pratique ou d'ordre public qui engage à penser que le tribunal est investi d'une compétence constitutionnelle.

[97] Il est important de se rappeler cet avertissement du juge La Forest, savoir que pour examiner si le tribunal a compétence pour entendre des arguments fondés sur la Charte, il faut prendre en compte diverses questions pratiques, comme l'expertise du tribunal, l'admissibilité des preuves propres au jugement d'une plainte d'atteinte aux droits de la personne mais inappropriées pour l'examen de la constitutionnalité d'un texte de loi, le surcroît de complexité et d'autres considérations pratiques et d'ordre public qui peuvent engager à reconnaître ou à refuser au tribunal la compétence en matière constitutionnelle.

[98] Il a conclu à ce sujet:

[. . .] un tel tribunal ne dispose pas toujours d'une expertise particulière, exception faite du domaine de l'appréciation des faits dans un contexte de droits de la personne. Deuxièmement, les gains en efficacité se semble à première vue procurer la voie permettant d'éviter le système judiciaire disparaissent lorsque les inévitables demandes de contrôle judiciaire sont déposées devant la Cour fédérale. Troisièmement, si la capacité absolue de recevoir toute preuve jugée utile peut convenir pour trancher une plainte en matière de droits de la personne, elle n'est pas appropriée lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition législative. Enfin, la raison peut-être la plus déterminante est que la complexité, les coûts et les délais

efficient and timely adjudication of human rights complaints.⁴⁹

[99] These factors are all present and have not been displaced by the recent amendment conferring the power to determine questions of law.

[100] Furthermore, I do not believe that the members of the Tribunal enjoy the appropriate level of independence to arrogate powers traditionally given to the judiciary to make legal determinations regarding the constitutional validity of legislation.

[101] Only two members are permanent, others are part-time members chosen on an *ad hoc* basis who receive *per diem* remuneration for their work on cases which they are assigned. They are appointed for a relatively short-term of three years renewable at the discretion of the Minister. Many are lay persons with no training in the law. I am unable to find that these features provide sufficient safeguards to conclude that the Tribunal is well suited for the task.

[102] Logic dictates that if Parliament is not ready to bestow upon the Tribunal the same guarantees as those given to Courts, it should not enjoy the same powers.

B. The Power of the Chairperson to Approve the Acting of a Tribunal Member After the Expiry of His/Her Appointment to Conclude a Matter

[103] The Tribunal's Vice-chairperson decision found that the recent amendments to the Act permit Tribunal members to conclude hearings without executive or legislative intervention and that this addresses the problem identified in the reasons of McGillis J. regarding security of tenure.

accrus qui découleraient de la possibilité pour les tribunaux des droits de la personne d'entendre des questions constitutionnelles mineraient, dans une large mesure, l'objectif principal poursuivi par la création de ces tribunaux, savoir le traitement efficace et diligent des plaintes en matière de droits de la personne⁴⁹.

[99] Ces facteurs sont tous présents en l'espèce; ils n'ont pas été écartés par la modification récente qui investit le tribunal du pouvoir de trancher des questions de droit.

[100] D'ailleurs, je ne pense pas que les membres du tribunal jouissent d'un niveau d'indépendance tel qu'ils puissent s'arroger les pouvoirs traditionnellement dévolus à la magistrature pour tirer des conclusions de droit sur la validité constitutionnelle d'un texte de loi.

[101] Le tribunal ne compte que deux membres permanents; les autres sont des membres à temps partiel choisis au fil des affaires et recevant une rémunération journalière pour leur travail dans les dossiers auxquels ils sont affectés. Ils sont nommés pour un mandant relativement court de trois années, renouvelable à la discrétion du ministre. Beaucoup d'entre eux sont des profanes sans aucune formation juridique. Il m'est impossible de voir dans ces caractéristiques des garanties propres à permettre de conclure que le tribunal est bien à la hauteur de la tâche.

[102] La logique oblige à conclure que si le législateur n'est pas prêt à conférer au tribunal les mêmes garanties que celles dont jouissent les tribunaux judiciaires, il ne doit pas jouir des mêmes pouvoirs que ces derniers.

B. Le pouvoir du président de prolonger le mandat expiré d'un membre du tribunal pour qu'il puisse terminer une affaire dont il a été saisi en cours de mandat

[103] Le vice-président du tribunal conclut dans sa décision que les modifications récemment apportées à la Loi permettent aux membres du tribunal dont le mandat est expiré, de siéger jusqu'à la conclusion de l'affaire sans intervention du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif, et résolvent ainsi le problème qu'a

[104] The Tribunal's Vice-chairperson held that the requirement for the approval of the Chairperson under subsection 48.2(2) of the Act does not lead a right-minded, fully informed person to have an apprehension of bias as to the Chairperson's discretion. It can be assumed, according to the Tribunal's Vice-chairperson, that the Chairperson will not act arbitrarily or in bad faith and will allow a Tribunal member to complete the case: "[t]he exercise of this discretion implies good faith and the discretion must be exercised within the perspective of the legislation".⁵⁰

[105] Counsel for the applicant does not accept that this is a sufficient guarantee of security of tenure.

[106] The Supreme Court of Canada emphasized that the essence of security of tenure requires that the tenure of a decision-maker must not be subject to any form of interference that is discretionary or arbitrary:

Security of tenure, because of the importance traditionally attached to it, is the first of the essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter*. The essentials of such security are that a judge be removable only for cause, and that cause be subject to independent review and determination by a process at which the judge affected is afforded a full opportunity to be heard. The essence of security of tenure for purposes of s. 11(d) is a tenure, whether until an age of retirement, for a fixed term, or for a specific adjudicative task, that is secure against interference by the Executive or other appointing authority in a discretionary or arbitrary manner.⁵¹

[107] I agree with the applicant. The recent amendments to the Act addressed, but did not cure, the problem identified by McGillis J. respecting the tenuous nature of the security of tenure afforded to the Tribunal member where appointment expires during the course of a hearing. The Minister no longer has discretion to extend the appointment of the Tribunal member; it is now the Chairperson who has the power to approve the acting of the Tribunal member after expiry of his/her appointment to conclude a matter. This does not represent, in my view, an objective guarantee of security of tenure.

relevé M^{me} le juge McGillis pour ce qui est de l'inamovibilité.

[104] À son avis, la nécessité de l'agrément du président, prévu au paragraphe 48.2(2) de la Loi, ne doit susciter chez une personne sensée et pleinement informée, aucune crainte de partialité au sujet de ce pouvoir discrétionnaire du président. On peut présumer, dit-il, que le président n'agira pas de façon arbitraire ou de mauvaise foi et permettra à un membre du tribunal, dont le mandat est expiré, d'entendre jusqu'à la fin une affaire en cours: «L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire fait appel à la bonne foi et il doit être exercé tout en respectant le point de vue de la loi»⁵⁰.

[105] L'avocat de la demanderesse refuse d'y voir une garantie suffisante d'inamovibilité.

[106] Ainsi que l'a fait observer la Cour suprême du Canada, la condition essentielle de l'inamovibilité pose que la durée du mandat du décideur soit à l'abri de toute ingérence discrétionnaire ou arbitraire:

L'inamovibilité, de par son importance traditionnelle, est la première des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11d) de la *Charte*. Les conditions essentielles de l'inamovibilité sont que le juge ne puisse être révoqué que pour un motif déterminé, et que ce motif fasse l'objet d'un examen indépendant et d'une décision selon une procédure qui offre au juge visé la possibilité pleine et entière de se faire entendre. L'essence de l'inamovibilité pour les fins de l'al. 11d), que ce soit jusqu'à l'âge de la retraite, pour une durée fixe, ou pour une charge *ad hoc*, est que la charge soit à l'abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l'exécutif ou de l'autorité responsable des nominations⁵¹.

[107] Je partage l'avis de la demanderesse. Les modifications récemment apportées à la Loi touchent bien mais ne remédient pas aux problèmes relevés par M^{me} le juge McGillis quant au statut précaire du membre du tribunal dont le mandat expire en cours d'audition d'une affaire. Le ministre n'a plus le pouvoir discrétionnaire de prolonger le mandat du membre, c'est le président qui est maintenant habilité à donner son agrément pour que le membre continue à siéger jusqu'à la fin de l'affaire. Je n'y vois pas une garantie objective d'inamovibilité.

[108] In *Lippé*, for the purpose of defining judicial independence, the concept of “government” has not been limited to the executive or legislative branches but extends to any person that can exert pressure over other judges. Lamer C.J. said:

By “government”, in this context, I am referring to any person or body, which can exert pressure on the judiciary through authority under the state. This expansive definition encompasses, for example, the Canadian Judicial Council or any Bar Society. I would also include any person or body within the judiciary which has been granted some authority over other judges; for example, members of the Court must enjoy judicial independence and be able to exercise their judgment free from pressure or influence from the Chief Justice. [My emphasis.]⁵²

[109] The principle of institutional independence requires that a tribunal is structured to ensure that the members are independent. In the case at bar, the ability of a member to continue a case will depend on the discretion of the Chairperson. The difficulty is not necessarily in the manner in which the discretion is exercised but rather in the existence of the discretion itself. As stated by Lamer C.J., “[i]nstitutional independence and the discretion to provide for institutional independence (or not to so provide) are very different things. Independence premised on discretion is illusory”.⁵³

[110] In my opinion, given the high level of independence required, only an objective guarantee of security of tenure will give the necessary protection and afford the member the quietude needed to render a decision free of constraint.

[111] There exists no objective guarantee that the prospect of continuance of a Tribunal member’s duties after expiry of his or her appointment would not be adversely affected by any decisions, past or present, made by that member.

[112] An example of an objective guarantee of security of tenure is the one provided for members of the Competition Tribunal.⁵⁴

[108] Il a été jugé dans *Lippé* que dans la définition de l’indépendance du pouvoir judiciaire, «gouvernement» ne s’entend pas uniquement du pouvoir exécutif ou législatif, mais embrasse quiconque peut exercer des pressions sur d’autres juges. Le juge en chef Lamer a tiré la conclusion suivante à ce sujet:

Par l’expression «gouvernement», dans ce contexte, je veux dire toute personne ou tout organisme capable d’exercer des pressions sur les juges en vertu de pouvoirs émanant de l’Etat. Cette large définition englobe, par exemple, le Conseil canadien de la magistrature et tout Barreau. J’inclus aussi toute personne ou tout organisme au sein de la magistrature investis de certains pouvoirs sur les juges; par exemple, les membres de la Cour doivent jouir de l’indépendance judiciaire et être en mesure d’exercer leur jugement sans faire l’objet de pression ou d’influence de la part du Juge en chef. [Non souligné dans l’original.]

[109] Le principe de l’indépendance institutionnelle pose que la structure organique du tribunal soit propre à garantir que ses membres sont indépendants. En l’espèce, la possibilité pour un membre de continuer à siéger jusqu’à la fin d’une affaire en cours est subordonnée à la décision discrétionnaire du président. Le problème ne réside pas tant dans le mode d’exercice de ce pouvoir discrétionnaire, mais dans son existence même. Ainsi que l’a fait observer le juge en chef Lamer, «[l]’indépendance institutionnelle et le pouvoir discrétionnaire de prévoir cette indépendance (ou de ne pas la prévoir) sont deux choses bien distinctes. L’indépendance qui repose sur un pouvoir discrétionnaire n’est qu’illusoire»⁵³.

[110] Étant donné le haut degré d’indépendance requis dans ce domaine, j’estime que seule une garantie objective d’inamovibilité procurera la protection nécessaire et donnera au membre concerné la sérénité requise pour rendre une décision sans contrainte.

[111] Il n’y a en ce moment aucune garantie objective que les décisions rendues jusqu’alors par ce membre ne compromettent pas la possibilité pour celui-ci de continuer à siéger après l’expiration de son mandat.

[112] On peut trouver un exemple de garantie objective dans le statut des membres du tribunal de la concurrence⁵⁴:

5. (1) Each judicial member shall be appointed for a term not exceeding seven years and holds office so long as he remains a judge of the Federal Court.

(2) Each lay member shall be appointed for a term not exceeding seven years and holds office during good behaviour but may be removed by the Governor in Council for cause.

(3) A member of the Tribunal, on the expiration of a first or any subsequent term of office, is eligible to be re-appointed for a further term.

(4) A person may continue to act as a member of the Tribunal after the expiration of his term of appointment in respect of any matter in which he became engaged during the term of his appointment.

[113] It is important to remember that the requisite level of independence of the Tribunal is at the higher end of the spectrum, given its purely adjudicative role and its functions in relation to rights and interests which are quasi-constitutional in nature. It is therefore necessary for a Tribunal member to have an objective guarantee of security of tenure.

[114] Very few administrative tribunals require the same level of independence as the Canadian Human Rights Tribunal. It is doubtful that these tribunals would require a similar objective guarantee of security of tenure.

C. The Remuneration of Tribunal Members Provided by Governor in Council

[115] McGillis J. identified the financial security of Tribunal members as a problem that needed to be cured by legislative amendment. She found the Tribunal not to be institutionally independent because the Commission, a party in all proceedings before the Tribunal, had the power under the Act to fix the rate of pay of Tribunal members and would be involved in any negotiations regarding increases in the rate of pay.

[116] The Tribunal's Vice-chairperson found that the remuneration of Tribunal members which is now fixed by the Governor in Council, pursuant to subsection 48.6(1) of the amended Act, is acceptable.

5. (1) La durée maximale du mandat des juges est de sept ans et ceux-ci occupent leur poste aussi longtemps qu'ils demeurent juges de la Cour fédérale.

(2) La durée maximale du mandat des autres membres est de sept ans et ceux-ci occupent leur poste à titre inamovible, sous réserve de révocation motivée que prononce le gouverneur en conseil.

(3) Au terme de son premier mandat ou d'un mandat subséquent, un membre peut être nommé pour un autre mandat.

(4) Une personne peut, après l'expiration de son mandat, continuer à exercer les pouvoirs d'un membre du Tribunal à l'égard de toute question dont elle était saisie au cours de son mandat.

[113] Il est important de se rappeler que le degré d'indépendance requis du tribunal est au haut de l'échelle, vu son rôle purement juridictionnel et ses fonctions vis-à-vis des droits et des intérêts d'essence quasi constitutionnelle. Il est donc nécessaire que ses membres jouissent d'une garantie objective d'inamovibilité.

[114] Très peu de tribunaux administratifs sont tenus au même degré d'indépendance que le Tribunal canadien des droits de la personne. On peut douter qu'ils aient besoin de la même garantie objective d'inamovibilité.

C. La rémunération des membres du tribunal fixée par le gouverneur en conseil

[115] M^{me} le juge McGillis voyait dans la sécurité financière des membres du tribunal un défaut à redresser par voie de modification législative: le tribunal n'était pas organiquement indépendant parce que la Commission, qui est une partie à toutes les instances dont il est saisi, tenait de la Loi le pouvoir de fixer le taux de rémunération de ses membres et participait aux négociations sur l'augmentation de ce taux.

[116] Le vice-président du tribunal a conclu par la suite que la rémunération des membres du tribunal, qui est maintenant fixée par le gouverneur en conseil en application du nouveau paragraphe 48.6(1), est acceptable.

[117] Counsel for the applicant argues that the members of the Tribunal are remunerated on a *per diem* basis. They have no statutory guarantee of any particular level of remuneration. They will be required in practice to negotiate any increased remuneration in just the purely political manner found unacceptable by the Supreme Court in *Re Provincial Court Judges*⁵⁵ and in *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn.*⁵⁶ The Act provides no guarantees against the ability of the Governor in Council, the very essence of the federal executive, to make use of his or her power to fix the Tribunal's members' remuneration in a manner which would impair the institutional independence of the Tribunal.

[118] Counsel for the respondents argues that the financial security of Tribunal members is no longer an issue since the rate of pay is now set by the Governor in Council pursuant to section 48.6 of the Act. The Commission no longer has the power to pass by-laws prescribing the rate of remuneration, travel and living expenses for Tribunal members. Counsel rely on *Valente*⁵⁷ for the proposition that the essence of financial security is the right to salary, not the level of remuneration.

[119] With respect to the concerns respecting negotiations between the Tribunal and the Governor in Council, Counsel for the respondents CTEA and CEP argues that the principles set out in *Re Provincial Court Judges*⁵⁸ are not applicable to administrative tribunals. Even if the decision of *Re Provincial Court Judges* was applicable, Counsel submits that the possibility that the Tribunal expresses its concerns to the Governor in Council about the level of remuneration would not constitute negotiations as that word was contemplated in *Re Provincial Court Judges*.

[120] I am of the opinion that the problem identified by McGillis J. related to the fact that the rate was fixed and negotiated with a litigant.

[121] The essence of financial security is that the right to salary of a decision-maker must be established

[117] L'avocat de la demanderesse relève que les membres du tribunal sont rémunérés à la journée, et ne jouissent d'aucune garantie légale d'un niveau quelconque de rémunération. Ils devront dans les faits négocier toute augmentation de rémunération dans le mode purement politique que la Cour suprême a jugé inacceptable dans *Renvoi: juges de la Cour provinciale*⁵⁵ et dans *Bell Canada c. Assoc. canadienne des employés de téléphone*⁵⁶. La Loi ne prévoit aucune protection contre la possibilité pour le gouverneur en conseil, qui est l'incarnation même du pouvoir exécutif fédéral, d'user de son pouvoir de fixation de la rémunération des membres du tribunal de façon à compromettre l'indépendance institutionnelle de ce dernier.

[118] L'avocat des défendeurs soutient que la sécurité financière des membres du tribunal n'est plus un sujet de controverse puisque le taux de rémunération est maintenant fixé par le gouverneur en conseil conformément à l'article 48.6 de la Loi. La Commission n'est plus habilitée à fixer, par voie de règlements administratifs, le taux de rémunération ainsi que les frais de déplacement et de séjour de ses membres. Il cite l'arrêt *Valente*⁵⁷ pour soutenir que la sécurité financière consiste essentiellement dans le droit à la rémunération, et non dans le niveau de cette rémunération.

[119] En ce qui concerne le problème tenant aux négociations entre le tribunal et le gouverneur en conseil, l'avocat des défendeurs ACET et SCEP soutient que les principes définis dans *Renvoi: juges de la Cour provinciale*⁵⁸ ne s'appliquent pas aux tribunaux administratifs. À même supposer que cette jurisprudence soit applicable, dit-il, la possibilité que le tribunal fasse part au gouverneur en conseil de ses préoccupations au sujet du niveau de rémunération n'équivaut pas à des négociations au sens de l'arrêt *Renvoi: juges de la Cour provinciale*.

[120] J'estime que le problème relevé par M^hc McGillis tenait à ce que le taux était fixé et négocié avec une partie aux litiges dont connaît le tribunal.

[121] Le principe de sécurité financière pose essentiellement que le droit à la rémunération des personnes

by law and there must be no way in which the Executive could interfere with that right.⁵⁹

[122] In *Alex Couture Inc.*, the Québec Court of Appeal had to determine, amongst others, whether or not the setting of the remuneration of a lay member of the Competition Tribunal by the Governor in Council and the appraisal mechanism (administrative policy setting salary ranges and remuneration rates) constituted obstacles to the perception of independence and impartiality of the Tribunal. The Court concluded that it did not:

The second condition of judicial independence for the purposes of s. 11(d) of the Charter is financial security. The essence of this security, according to Le Dain J. in *Valente*, “is that the right to salary and pension should be established by law and not be subject to arbitrary interference by the executive in a manner that could affect judicial independence” (at p. 184).

Le Dain J. added that although it may be theoretically preferable that judicial salaries should be fixed by the legislature rather than by the executive government and should be made a charge on the Consolidated Revenue Fund rather than requiring annual appropriation, he did not think that either of these features should be regarded as essential to the financial security that may be reasonably perceived as sufficient for independence under s. 11(d) of the Charter (at p. 185).

The *Competition Tribunal Act* provides that the lay members shall be paid such remuneration as may be fixed by the Governor in Council. They are entitled to be paid the travel allowances that a judge is entitled to be paid under the *Judges Act* and are deemed to be employed in the federal public service for the purposes of the *Government Employees Compensation Act* and regulations made under s. 9 of the *Aeronautics Act* (s. 6).

...

Unlike the trial judge who found that the fact that the setting of the lay members' remuneration by the Governor in Council and the appraisal mechanism for the lay members constituted obstacles to the perception of independence and impartiality of the tribunal, it appears to me that a reasonably well-informed person could not seriously fear that the lay members of the tribunal did not enjoy, during their appointment, the guarantee of financial security required for the purposes of s. 11(d) of the Charter.⁶⁰

exerçant des fonctions juridictionnelles soit fixé par un texte de loi et que l'exécutif ne puisse y toucher de quelque façon que ce soit⁵⁹.

[122] Dans *Alex Couture inc.*, la Cour d'appel du Québec devait examiner, entre autres, si la fixation de la rémunération des membres non-juges du Tribunal de la concurrence par le gouverneur en conseil et le mécanisme d'évaluation (c'est-à-dire la politique administrative de fixation des barèmes et des taux de rémunération) empêchaient de conclure à l'indépendance et à l'impartialité de ce tribunal. Elle a conclu qu'il n'en était rien:

La deuxième condition de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11d) de la charte est la sécurité financière. Cette sécurité consiste essentiellement, selon le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente*, «en ce que le droit au traitement et à la pension soit prévu par la loi et ne soit pas sujet aux ingérences arbitraires de l'exécutif, d'une manière qui pourrait affecter l'indépendance judiciaire» (à la p. 704).

Le juge Le Dain a ajouté que bien qu'il puisse être théoriquement préférable que les traitements des juges soient fixés par le corps législatif, plutôt que par le pouvoir exécutif, et qu'ils grèvent le fonds du revenu consolidé, plutôt que d'exiger une affectation de crédit annuelle, il ne pensait pas que l'une ou l'autre de ces caractéristiques devait être considérée comme essentielle à la sécurité financière qui peut être raisonnablement perçue comme suffisante pour assurer l'indépendance au sens de l'al. 11d) de la charte (à la p. 706).

La *Loi sur le Tribunal de la concurrence* prévoit que les membres non-juges reçoivent la rémunération que fixe le gouverneur en conseil. Ils ont droit aux indemnités de déplacement auxquelles un juge a droit aux termes de la *Loi sur les juges* et sont réputés faire partie de l'administration publique fédérale pour l'application de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État* et des règlements en application de l'article 9 de la *Loi sur l'aéronautique* (art. 6).

[. . .]

Contrairement à l'opinion du premier juge pour qui la détermination du traitement par le gouverneur en conseil et le mécanisme d'évaluation des membres non juges constituaient des obstacles à la perception d'indépendance et d'impartialité du Tribunal, il m'apparaît qu'une personne raisonnablement bien informée et renseignée ne saurait sérieusement craindre que les membres non juges du Tribunal ne jouissent pas, pendant la durée de leur mandat, de la garantie de sécurité financière requise aux fins de l'al. 11d) de la charte⁶⁰.

[123] It is preferable that salary be fixed by the legislature rather than by the executive government but it should not be regarded as essential to the financial security. It may be fixed by Governor in Council without giving rise to a reasonable apprehension of bias.

[124] The Tribunal's Vice-Chairperson was correct in deciding that the current method of remuneration of Tribunal members is acceptable. As I stated earlier, although the level of independence required is at the high end of the spectrum, some flexibility in applying the principles of institutional independence and impartiality to the Tribunal should be demonstrated.⁶¹

[125] I am satisfied that a reasonably well-informed person could not seriously fear that the Tribunal not enjoy that guarantee of financial security.

D. Disciplinary and Remedial Measures for the Vice-chairperson and Tribunal Members

[126] With respect to the disciplinary measures introduced by the amendments, the applicant submits that members will decide in a way not to displease the Chairperson.

[127] The Tribunal's Vice-chairperson was satisfied that the new disciplinary process which parallels the process in the *Judges Act*⁶² does not give use to an apprehension of bias. I am satisfied that the decision of the Tribunal's Vice-chairperson on this issue is correct.

DECISION

[128] I conclude that the Tribunal's Vice-chairperson erred in law and was not correct in determining that it was an institutionally independent and impartial body with respect to the power of the Commission to issue guidelines binding upon the Tribunal and the power of the Chairperson to approve the acting of a Tribunal member after the expiry of his/her appointment to conclude a matter.

[123] Il est préférable que la rémunération soit fixée par le législateur plutôt que par le pouvoir exécutif, mais il ne faut pas y voir une condition nécessaire de la sécurité financière. La rémunération peut être fixée par le gouverneur en conseil sans que cela donne lieu à une crainte raisonnable de partialité.

[124] Le vice-président du tribunal a eu raison de conclure que le mode actuel de rémunération des membres du tribunal est acceptable. Comme noté ci-dessus, bien que le niveau d'indépendance requis se situe au haut de l'échelle, il faut faire preuve d'une certaine souplesse dans l'application, à l'égard du tribunal, des principes d'indépendance et d'impartialité institutionnelles⁶¹.

[125] Je conclus qu'une personne raisonnablement bien informée ne saurait sérieusement craindre que le tribunal ne jouisse pas de la garantie requise de sécurité financière.

D. Les mesures disciplinaires et correctives en place à l'égard du vice-président et des membres du tribunal

[126] L'avocat de la demanderesse soutient qu'à la suite de l'introduction des mesures disciplinaires par la récente modification de la Loi, les membres du tribunal veilleront à ne pas contrarier le président dans leurs décisions.

[127] Le vice-président a conclu que le nouveau régime disciplinaire, qui correspond à celui prévu dans la *Loi sur les juges*⁶², ne peut susciter une crainte de partialité. Je trouve cette conclusion fondée.

DÉCISION

[128] Je conclus que le vice-président du tribunal a commis une erreur de droit et a décidé à tort que le tribunal était une entité organiquement indépendante et impartiale, eu égard au pouvoir de la Commission d'émettre des directives qui le lient et au pouvoir du président de prolonger le mandat expiré d'un membre jusqu'à la conclusion de l'affaire dont celui-ci a été saisi en cours de mandat.

[129] The remedies sought by the applicant are pursuant to the common law and paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.

[130] In *MacBain v. Lederman*,⁶³ the Federal Court of Appeal determined that, although the *Canadian Bill of Rights* does not expressly address the issue of remedies for failure to comply with its provisions, there can be no right without a remedy. In *MacBain* the Court declared the offending provisions to be inoperative with regard to the complaint against the appellant.

[131] The application for judicial review is allowed. The decision of the Tribunal's Vice-chairperson dated April 26, 1999 is quashed. There shall be no further proceedings on this matter until the problems identified in these reasons are corrected. Each party will bear its own costs.

[129] Les mesures de redressement recherchées par la demanderesse relèvent de la common law et de l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*.

[130] Dans *MacBain c. Lederman*⁶³, la Cour d'appel fédérale, tout en relevant que la *Déclaration canadienne des droits* ne prévoyait pas expressément de recours en cas de violation de ses dispositions, a jugé qu'il ne saurait y avoir de droit sans voie de recours. Elle a déclaré les dispositions fautives inopérantes à l'égard de la plainte contre l'appellant.

[131] La Cour fait droit au recours en contrôle judiciaire, et annule la décision en date du 26 avril 1999 du vice-président du tribunal. Aucune nouvelle procédure ne sera engagée en l'espèce tant qu'il ne sera pas remédié aux vices relevés par les présents motifs. Chaque partie assumera ses propres frais et dépens.

¹ Applicant's application record, Vol. III, Tab 70; (26 April 1999), decision No. T503/2098 (C.H.R.T.) (hereinafter Tribunal's Vice-chairperson decision).

² R.S.C., 1985, c. H-6 (hereinafter Act).

³ R.S.C., 1985, App. III.

⁴ S. 49 of the Act, as amended by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 66.

⁵ S. 40(4) of the Act, as amended by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 62.

⁶ (1998), 143 F.T.R. 81 (F.C.T.D.) (hereinafter *Bell Canada* decision No. 1).

⁷ Application for judicial review discontinued in Court file No. T-1985-96.

⁸ Applicant's book of authorities, Schedule "B", Vol. 1, Tab 4 (hereinafter *Bell Canada* decision No. 2).

⁹ Respondent Canadian Telephone Employees Association's book of authorities, Appendix "A" and "B" of the memorandum of fact and law, Tab A-4 (hereinafter *Bell Canada* decision No. 3).

¹⁰ *Bell Canada* decision No. 1, *supra*, note 6.

¹¹ *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn.*, [1998] 3 F.C. 244 (T.D.) (hereinafter *Bell Canada* decision No. 4).

¹² *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113 (C.A.) (hereinafter *Bell Canada* decision No. 5).

¹³ [1999] S.C.C.A. No. 1 (QL).

¹ Dossier de la demande de la demanderesse, vol. III, languette 70, décision n° T503/2098 du 26 avril 1999 (C.C.D.P.) (ci-après «décision du vice-président du tribunal»).

² L.R.C. (1985), ch. H-6 (ci-après la Loi).

³ L.R.C. (1985), app. III.

⁴ Art. 49 de la Loi, modifié par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 66.

⁵ Art. 40(4) de la Loi, modifié par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 62.

⁶ (1998), 143 F.T.R. 81 (C.F. 1^{re} inst.) (ci-après décision *Bell Canada* n° 1).

⁷ *Bell Canada* s'est désistée par la suite de ce recours, dossier n° T-1985-96.

⁸ Cahier de la jurisprudence et de la doctrine compilé par la demanderesse, annexe «B», vol. 1, languette 4 (ci-après décision *Bell Canada* n° 2).

⁹ Cahier de la jurisprudence et de la doctrine compilé par la défenderesse Association canadienne des employés de téléphone, annexes «A» et «B» du mémoire des points de fait et de droit, languette A-4 (ci-après décision *Bell Canada* n° 3).

¹⁰ Décision *Bell Canada* n° 1, *supra*, note 6.

¹¹ *Bell Canada c. Assoc. canadienne des employés de téléphone*, [1998] 3 C.F. 244 (1^{re} inst.) (ci-après décision *Bell Canada* n° 4).

¹² *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1999] 1 C.F. 113 (C.A.) (ci-après décision *Bell Canada* n° 5).

¹³ [1999] S.C.C.A. n° 1 (QL).

- ¹⁴ Tribunal's Vice-chairperson decision, *supra*, note 1.
- ¹⁵ *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association et al.* (1999), 246 N.R. 368 (F.C.A.), at pp. 369-370.
- ¹⁶ See, e.g. *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 585 (hereinafter *Mossop*).
- ¹⁷ *Bell Canada* decision No. 2, *supra*, note 8.
- ¹⁸ *Bell Canada* decision No. 4, *supra*, note 11.
- ¹⁹ *Bell Canada* decision No. 3, *supra*, note 9.
- ²⁰ *Bell Canada* decision No. 4, *supra*, note 11.
- ²¹ *Ibid.*
- ²² *Bell Canada* decision No. 5, *supra*, note 12.
- ²³ Tribunal's Vice-chairperson decision, *supra*, note 1.
- ²⁴ J. Sopinka, S. N. Lederman, A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. (Markham: Butterworths, 1999), at p. 1078.
- ²⁵ *Ibid.*, at pp. 1084-1085.
- ²⁶ [1997] 3 S.C.R. 3, at pp. 77-78 (hereinafter *Re Provincial Court Judges*).
- ²⁷ *Bell Canada* decision No. 4, *supra*, note 11, at p. 301.
- ²⁸ *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114 (hereinafter *Lippé*).
- ²⁹ *Ibid.*, at p. 140.
- ³⁰ [1978] 1 S.C.R. 369.
- ³¹ *Ibid.*, at p. 394.
- ³² *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 692 (hereinafter *Valente*); *2747-3174 Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at pp. 961-962 (hereinafter *Régie des permis d'alcool du Québec*).
- ³³ *Régie des permis d'alcool du Québec*, *supra*, note 32.
- ³⁴ *Katz v. Vancouver Stock Exchange* (1995), 128 D.L.R. (4th) 424 (B.C.C.A.); aff'd [1996] 3 S.C.R. 405, at p. 406 (hereinafter *Vancouver Stock Exchange*).
- ³⁵ *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3 (hereinafter *Matsqui Indian Band*).
- ³⁶ *Vancouver Stock Exchange*, *supra*, note 34.
- ³⁷ *Régie des permis d'alcool du Québec*, *supra*, note 32.
- ³⁸ *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145.
- ³⁹ *Bell Canada* decision No. 4, *supra*, note 11, at p. 305.
- ⁴⁰ P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. (Cowansville: Éditions Yvon Blais, 1991), at pp. 391-393.
- ⁴¹ *Supra*, note 28.
- ⁴² (1998), 99 CLLC 145,021 (C.H.R.T.).
- ⁴³ *Ibid.*, at p. 145,028.
- ⁴⁴ S. 50(2) of the *Statutory Instruments Act*, R.S.C., 1985, c. S-22.
- ⁴⁵ (1991), 48 F.T.R. 55 (F.C.T.D.), at p. 58, aff'd (4 December 1991), A-921-91 (F.C.A.).
- ⁴⁶ [1996] 3 S.C.R. 854 (hereinafter *Cooper*).
- ⁴⁷ [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
- ⁴⁸ *Mossop*, *supra*, note 16.
- ¹⁴ Décision du vice-président du tribunal, *supra*, note 1.
- ¹⁵ *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone et al.* (1999), 246 N.R. 368 (C.A.F.), aux p. 369 et 370.
- ¹⁶ Voir p. ex. *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la p. 585 (ci-après *Mossop*).
- ¹⁷ Décision *Bell Canada* n° 2, *supra*, note 8.
- ¹⁸ Décision *Bell Canada* n° 4, *supra*, note 11.
- ¹⁹ Décision *Bell Canada* n° 3, *supra*, note 9.
- ²⁰ Décision *Bell Canada* n° 4, *supra*, note 11.
- ²¹ *Ibid.*
- ²² Décision *Bell Canada* n° 5, *supra*, note 12.
- ²³ Décision du vice-président du tribunal, *supra*, note 1.
- ²⁴ J. Sopinka, S. N. Lederman, A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2^e éd. (Markham: Butterworths, 1999), à la p. 1078.
- ²⁵ *Ibid.*, aux p. 1084 et 1085.
- ²⁶ [1997] 3 R.C.S. 3, aux p. 77 et 78 (ci-après *Renvoi: juges de la Cour provinciale*).
- ²⁷ Décision *Bell Canada* n° 4, *supra*, note 11, à la p. 301.
- ²⁸ *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114 (ci-après *Lippé*).
- ²⁹ *Ibid.*, à la p. 140.
- ³⁰ [1978] 1 R.C.S. 369.
- ³¹ *Ibid.*, à la p. 394.
- ³² *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673, à la p. 692 (ci-après *Valente*); *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, aux p. 961 et 962 (ci-après *Régie des permis d'alcool du Québec*).
- ³³ *Régie des permis d'alcool du Québec*, *supra*, note 32.
- ³⁴ *Katz v. Vancouver Stock Exchange* (1995), 128 D.L.R. (4th) 424 (C.A.C.-B.); conf. par [1996] 3 R.C.S. 405, à la p. 406 (ci-après *Vancouver Stock Exchange*).
- ³⁵ *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3 (ci-après *Bande indienne de Matsqui*).
- ³⁶ *Vancouver Stock Exchange*, *supra*, note 34.
- ³⁷ *Régie des permis d'alcool du Québec*, *supra*, note 32.
- ³⁸ *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145.
- ³⁹ Décision *Bell Canada* n° 4, *supra*, note 11, à la p. 305.
- ⁴⁰ P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 2^e éd. (Cowansville: Éditions Yvon Blais, 1990), aux p. 445 à 448.
- ⁴¹ *Supra*, note 28.
- ⁴² (1998), 99 CLLC 145,021 (T.C.D.P.).
- ⁴³ *Ibid.*, à la p. 145,028.
- ⁴⁴ Art. 50(2) de la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), ch. S-22.
- ⁴⁵ (1991), 48 F.T.R. 55 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 58, conf. par (4 décembre 1991), A-921-91 (C.A.F.).
- ⁴⁶ [1996] 3 R.C.S. 854 (ci-après *Cooper*).
- ⁴⁷ Annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
- ⁴⁸ *Mossop*, *supra*, note 16.

- ⁴⁹ *Cooper, supra*, note 46, at p. 897.
- ⁵⁰ Tribunal's Vice-chairperson decision, *supra*, note 1, at p. 8.
- ⁵¹ *Valente, supra*, note 32, at p. 675.
- ⁵² *Lippé, supra*, note 28, at p. 138.
- ⁵³ *Matsqui Indian Band, supra*, note 35, at p. 61.
- ⁵⁴ S. 5 of the *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19.
- ⁵⁵ *Re Provincial Court Judges, supra*, note 26.
- ⁵⁶ *Bell Canada* decision No. 4, *supra*, note 11.
- ⁵⁷ *Valente, supra*, note 32.
- ⁵⁸ *Re Provincial Court Judges, supra*, note 26.
- ⁵⁹ *Valente, supra*, note 32, at p. 706.
- ⁶⁰ *Canada (Procureur général) c. Alex Couture inc.* (1991), 83 D.L.R. (4th) 577 (Que. C.A.), at pp. 666-668, leave to appeal to S.C.C. refused (1991); 91 D.L.R. (4th) vii.
- ⁶¹ *Valente, supra*, note 32, at p. 692; *Régie des permis d'alcool du Québec, supra*, note 32, at pp. 961-962.
- ⁶² R.S.C., 1985, c. J-1.
- ⁶³ [1985] 1 F.C. 856 (C.A.).
- ⁴⁹ *Cooper, supra*, note 46, à la p. 897.
- ⁵⁰ Décision du vice-président du tribunal, *supra*, note 1, à la p. 8.
- ⁵¹ *Valente, supra*, note 32, à la p. 675.
- ⁵² *Lippé, supra*, note 28, à la p. 138.
- ⁵³ *Bande indienne de Matsqui, supra*, note 35, à la p. 61.
- ⁵⁴ Art. 5 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19.
- ⁵⁵ *Renvoi: juges de la Cour provinciale, supra*, note 26.
- ⁵⁶ Décision *Bell Canada* n^o 4, *supra*, note 11.
- ⁵⁷ *Valente, supra*, note 32.
- ⁵⁸ *Renvoi: juges de la Cour provinciale, supra*, note 26.
- ⁵⁹ *Valente, supra*, note 32, à la p. 706.
- ⁶⁰ *Canada (Procureur général) c. Alex Couture inc.*, [1991] R.J.Q. 2534 (C.A. Qué.), aux p. 2599 à 2601, demande d'autorisation de pourvoi à la C.S.C. rejetée; (1991), 91 D.L.R. (4th) vii.
- ⁶¹ *Valente, supra*, note 32, à la p. 692; *Régie des permis d'alcool du Québec, supra*, note 32, aux p. 961 et 962.
- ⁶² L.R.C. (1985), ch. J-1.
- ⁶³ [1985] 1 C.F. 856 (C.A.).

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

Practice—In application for judicial review of Copyright Board decision, applicants herein (several respondents) seeking order striking records filed by respondents Canadian Recording Industry Association (CRIA) and Canadian Motion Picture Distributors Association (CMPDA) (records supporting Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada's (SOCAN) position)—Applicants contending once CRIA and CMPDA filed respective r. 305 notice of appearance, no longer open to either of them to file record contradicting position taken in notice—Motion allowed—R. 305 requiring respondent who intends to oppose application to file respondent's record—However, CRIA and CMPDA not actually "opposing" application—Actually advancing different arguments to have SOCAN's application allowed for different reasons—Moreover, as arguments not raised before Board, they cannot be raised at s. 28 application stage: *Toussaint v. Canada (Labour Relations Board)* (1993), 106 N.R. 396 (F.C.A.)—Therefore, records filed by CRIA and CMPDA not properly filed and ought to be struck, without prejudice to their rights to seek leave to intervene in SOCAN's s. 28 application pursuant to r. 109—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 109, 305—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 1992, c. 26, s. 17; c. 33, s. 69; c. 49, s. 128; 1993, c. 34, s. 70; 1996, c. 10, s. 229; c. 23, s. 187; 1998, c. 26, s. 73; 1999, c. 31, s. 92).

SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA V. CANADIAN ASSN. OF INTERNET PROVIDERS (A-764-99, Stone J.A., judgment dated 5/2/01, 8 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Immigration Inquiry Process

Judicial review of visa officer's denial of student visa on grounds not satisfied not immigrant or that had adequate

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

financial resources for intended studies—(1) Applicant arguing visa officer acted unfairly when processed application without giving him prior opportunity to respond to concerns about deficiencies in financial information provided—Submitting manual issued by Citizenship and Immigration imposing duty on visa officer to give him opportunity to supplement information submitted—Argument cannot succeed—Immigration manual primarily guideline—Burden on applicant to produce necessary documentation in support of application—While visa officer could have requested further information, under no duty to do so—(2) Applicant claiming visa officer erred in law when concluded credibility of financial information diminished because application included in group of other student applications—Respondent submitting reference to group applications relevant factor to be considered as relating to "totality of circumstances"—"Totality of the circumstances" in *Wong (Litigation Guardian) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 246 N.R. 377 (F.C.A.) referring to circumstances of individual applicant, not to general group of applicants about whom nothing else known—Visa officer considered irrelevant matter in reaching decision—Error of law—Application allowed.

YE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2693-00, Heneghan J., order dated 19/1/01, 8 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Application for judicial review of adjudicator's decision applicants, refugee claimants against whom conditional departure orders issued, lawfully detained under Act, s. 103(6) on ground unlikely to appear for possible removal from Canada upon completion of refugee determination process under way—Application dismissed—Adjudicator made no error of law—Person subject of conditional or effective departure orders can be detained for reason of removal from Canada—Well established Minister may detain person subject to conditional removal order to ensure

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

appearance for potential future removal—Application of *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214 (T.D.) wherein Trial Judge listed six factors to consider in deciding whether detention appropriate: reasons for detention; length of time in detention; time detention likely to continue; whether applicant or respondent had caused delay; whether alternatives to detention; detainee's Charter right to liberty—Parliament must have intended that, in enactment of Act, s. 103, Minister be able to control viability and integrity of refugee claim process through use of custodial measures if criterion under Act, s. 103 met, regardless of immigration status conferred upon refugee claimant at time of making of claim—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 103 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 27; S.C. 1992, c. 49, s. 94; 1995, c. 15, s. 19).

LAI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6224-00, Campbell J., order dated 18/12/00, 17 pp.)

Appeal from Trial Division decision ((1997), 142 F.T.R. 161) granting motion to strike out appellant's statement of claim—Whether Charter, s. 7 imposing obligation on respondent Ministers to finance counsel's preparation of case prior to immigration inquiry when complexity of case requires more preparation time than that funded under provincial legal aid scheme—Appellant, citizen of Ethiopia, granted refugee status in Canada—Allegedly committed war crimes outside Canada, thus possibly member of inadmissible class under Immigration Act, s. 19(1)(f)—Appellant arrested, detained pending inquiry—Counsel granted legal aid certificate under Ontario Legal Aid Plan for unlimited number of hours for attending at inquiry, 16 hours of preparation—Application to Minister for additional funding refused—Motions Judge granting motion to strike appellant's statement of claim—Correct to conclude s. 7 not obliging Minister to provide public funds to pay for additional time counsel needed to prepare adequately for immigration inquiry hearing—Constitutional duty to provide funds for legal representation normally borne by relevant Province—Unwarranted to impose on federal government additional constitutional obligation to provide legal aid when funding already provided under provincial scheme to which federal government has contributed, in part because civil proceedings for which individuals may seek funding brought under federal legislation—Charter, s. 7 not guaranteeing right to state-provided counsel herein—Certified question answered in negative—Appeal dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3; S.C. 1992, c. 47, s. 77; *idem*, c. 49, ss. 11, 122 (c), (d); S.C. 1995, c. 15, s. 2; S.C. 1996, c. 19, s. 83; S.C. 2000, c. 24, s. 55)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982,

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

A.B. V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-888-97, Evans J.A., judgment dated 8/1/01, 6 pp.)

STATUS IN CANADA

Permanent Residents

Application for judicial review of decision by Immigration Officer deleting applicant as dependant from father's application for permanent residence in Canada on ground not "dependent son" as defined in Immigration Regulations, 1978, s. 2(1)—Immigration Officer finding since attaining 19 years of age, applicant had not been "continuously enrolled and in attendance" as full-time student in academic, professional, vocational program at university, college, other educational institution—Based decision on fact, in spite of physical and continuous presence as full-time student, applicant failed exams—Whether definition of "dependent son" in s. 2(1) involves qualitative assessment of student's performance to determine whether "in attendance" at educational institution—Plain meaning of s. 2(1) not including qualitative element—Statute should be interpreted in manner consistent with plain meaning of terms—Interpretation should not add to terms of law—If Parliament intended to empower Immigration Officer to determine quality of attendance of student under Regulations, s. 2(1), it would have said so—Application allowed—Question certified—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1) "dependent son" (as am. by SOR/92-101, s. 1).

SANDHU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-192-00, Dubé J., order dated 23/1/01, 6 pp.)

Judicial review of refusal of application for permanent residence—Application listing intended occupation as software engineer—Applicant having Bachelor's degree in commerce, two Master's degrees in business administration—Visa officer finding applicant not having minimum qualifications in NOC under title of software engineer, as one of requirements for this occupation Bachelor's degree in computer engineering, electrical or electronics engineering, engineering physics, computer science, physics, mathematics—Also assessed applicant as new worker, but occupational factor for this occupation currently zero—Awarded applicant zero units of assessment under occupational factor, did not conduct interview—Applicant submitting visa officer should have assessed him according to alternate occupations inherent to work experience i.e. computer programmer, computer systems analyst, for which alleging qualifications

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

compatible—Application allowed—Applicant relied on *Li v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 9 Imm. L.R. (2d) 263 (F.C.T.D.)—*Li* standing for proposition visa officer having duty to assess alternate occupations inherent in applicant's work experience when applicant so requesting in application—*Li* distinguished—Court has long held visa officers having no duty to assess applicant in alternate occupations unless applicant putting them forward—Applicant not requesting assessment under occupations similar to that of software engineer—But visa officer not stopping at assessing applicant under requested occupation—Particular circumstances required visa officer to at least consider similar occupations—Under NOC, software engineers part of broader unit group of computer engineers—According to NOC, "computer engineers work closely with computer programmers, systems analysts, electrical and electronics engineers and other scientists and engineers and mobility is possible between these fields of specialization"—Every occupation description containing "classified elsewhere" section, clarifying boundaries of unit group by identifying other unit groups classified elsewhere—Unit groups cited in "classified elsewhere" section when bear functional similarity to unit group—Computer programmers, computer systems analysts found in "classified elsewhere" section of software engineer section—Considering applicant's level of education, previous work experience, only fair to assess applicant in one of similar occupations, especially where decision reached without hearing applicant during interview—Visa officer's choice of occupation of new worker so unreasonable cannot be validated.

MOKSUD V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-525-00, Rouleau J., order dated 24/1/01, 9 pp.)

Educational requirements—Appeal from Trial Division decision ((1998), 44 Imm. L.R. (2d) 215) dismissing application for judicial review of visa officer's decision refusing to issue visa on basis lacked required number of units of assessment—Visa officer denied appellant three additional units awarded to those with post-graduate university degree as first degree obtained after less than three years of study—Motions Judge certified question as to whether Immigration Regulations, 1978, Schedule I, Factor 1(1)(e) requiring 16 units of assessment be awarded to applicant with second- or third-level university degree, even if applicant has not provided evidence of first-level university degree requiring at least three years of full time study—Appeal allowed, question answered in affirmative—*Per* Evans J.A. (Stone J.A. concurring): Visa officer erred in law—Textual considerations on balance favour construing Factor 1(1)(d) and (e) as independent—Reasons to that effect in *Khan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] F.C.J. No. 1720 (F.C.T.D.) (QL)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

generally agreed with—When considered from perspective of selection policy for independent visa applicants (ability to become established economically in Canada), person with advanced degree not necessarily at disadvantage in labour market simply because had obtained first-level degree after less than three years of full-time study, or equivalent—When interpreting statutory provision in context of fact situation not apparently foreseen by legislator, Court may also appropriately take into account likely practical consequences of possible interpretations—Other considerations permitting, courts should favour interpretation of statutory provision in regulatory scheme compatible with maintaining proper balance between rule and discretion in administration of legislation, thus more effectively rendering accountable any exercise of discretion needed to deal with unusual fact situations—*Per* Isaac J.A.: Preferable to allow appeal and give affirmative answer solely on basis of reasons in *Khan*—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, Schedule I, Factor 1(1)(d), (e).

HAMEED V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-503-98, Evans, Isaac J.A., judgment dated 8/1/01, 13 pp.)

COMPETITION

Appeal from Competition Tribunal order allowing respondents' motion for order requesting confirmation Tribunal's Consent Interim Order (Hold Separate Order) terminated as at August 30, 2000 on Tribunal's dismissal of appellant's application under Competition Act, s. 92—Hold Separate Order made under Act, s. 104—Nadon J. giving brief reasons for concluding Hold Separate Order lapsed on August 30, 2000—Issue *in limine* standard by which Court to review Nadon J.'s decision, order—Appropriate standard of review that of correctness as whether Hold Separate Order lapsed on August 30, 2000, continued or could be continued by Tribunal after that date depending upon interpretation of s. 104—Under s. 104(1), jurisdiction to make order exists "where an application has been made for an order under this Part"—S. 92 application clearly falling within scope of that language—S. 104 not intended to allow for extension of Hold Separate Order beyond date of s. 92 order of August 30, 2000—Words in s. 104(1) not encompassing intention Tribunal be able to continue Hold Separate Order in effect when s. 92 order rendered until appeal from order to Court finally disposed of—Appeal dismissed—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 92 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1999, c. 2, s. 37(z.7)), 104 (as am. *idem*, s. 37(z.12)).

CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION) V. SUPERIOR PROPANE INC. (A-539-00, Stone J.A., judgment dated 11/1/01, 8 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE

CUSTOMS ACT

Judicial review of Minister's redetermination of tariff classification of turbo-jet engines imported into Canada by applicant in 1997 on basis of Customs Act, s. 61(e)—On January 15, 1999, Donald Barker, in capacity as "Client Services Officer" issued two Detailed Adjustment Statements (DAS) purporting to redetermine tariff classification from (i) January 1 to December 31, 1997 and (ii) from January 1, 1998 to January 15, 1999—Donald Barker held position of "Tariff Values Administrator", and designation as "Client Services Officer" merely identifying where could be reached—Application allowed—Federal Court Act, s. 18.5 precluding judicial review of decision or order of federal board, commission or other tribunal to extent already existing statutory right of appeal—Applicant seeking review by Deputy Minister of redetermination of tariff classification pursuant to Customs Act, s. 63—S. 63 contemplating review of merits of decision made pursuant to s. 61(e), but not of decision-maker's authority—Applicant questions only authority of person who made decision—Question properly subject of judicial review—Appropriate standard of review "correctness"—Authority of designated officer to redetermine tariff classifications pursuant to s. 61 derived from s. 59, permitting any officer designated by Minister to make redeterminations of tariff classifications under ss. 60, 61—Minister designated Compliance Verification Officers for purposes of s. 61 on December 31, 1997—S. 164(1)(a) providing Governor in Council may make regulations authorizing designated officer to exercise powers or perform duties of Minister—S. 164(1)(a) repealed, replaced by Customs Act, s. 2(4) permitting Minister to authorize officer to exercise powers or perform duties of Minister—Object of amendments to give Minister authority to delegate powers, duties specifically conferred on Minister, rather than having to make delegations by regulation—Amendments received Royal Assent on June 18, 1998—December 31, 1997 document designating Compliance Verification Officers to act on Minister's behalf under both Act, amended Act—While Minister could designate officers pursuant to s. 59 for purposes of s. 61, could not delegate those powers, duties specifically conferred on Minister under Act—This could be done only by Governor in Council pursuant to s. 164(1)(a)—Ministerial document predating by six months coming into force of Income Tax Amendment Act, s. 262 which created Customs Act, s. 2(4)—With exception of s. 61(e), each of provisions of Act referred to in December 31, 1997 document and included in Schedule I, specifically authorize Minister to designate officers for stated purposes—S. 61 provided for redetermination of tariff classification within 90 days of release of imported goods and under certain circumstances within two years of release—Although s. 61(b), (c), (e) all provide for redeterminations within two years, additional words "where the Minister deems it advisable" only found in s. 61(e)—Regulations created pursuant to s. 164(1)(a) delegating to certain officers, classes of officers authority to exercise powers, perform duties of Minister of National Revenue under

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

Act—In particular, officers, classes of officers specifically designated for purposes of s. 61(e)—Compliance Verification Officers not included in these regulations—Express reference to Minister in s. 61(e) requiring either Minister or officer designated by Governor in Council by regulation pursuant to s. 164(1)(a) to make redetermination of tariff classification under this subsection—Donald Barker not having authority to issue first DAS on January 15, 1999—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.5 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 2(4) (as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 262), 59, 61(e) (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 92), 63 (as am. *idem*, s. 94), 164(1)(a) (rep. by S.C. 1998, c. 19, s. 264).

ROLLS WOOD GROUP (REPAIRS & OVERHAULS) LTD. V. M.N.R. (T-941-99, Hansen J., order dated 11/1/01, 16 pp.)

HUMAN RIGHTS

Application for judicial review of CHRC decision dismissing applicant's complaint of harassment, discrimination, abuse of authority, on basis of agreement reached between employer and applicant and complaint beyond jurisdiction of Commission as not based upon proscribed ground of discrimination—Application allowed—While human rights commissions should be afforded considerable deference in findings of fact (reasonableness): *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, in cases of errors of law or jurisdiction, standard of review correctness: *Singh v. Canada (Statistics Canada)*, [2000] F.C.J. No. 417 (T.D.)—In finding agreement relevant consideration, Commission ignored case law indicating human rights legislation public policy out of which one cannot contract—Courts have gone so far as to say private parties not competent to contract out of such provisions—Also possible to argue agreement not honoured by respondent, and, therefore, not valid consideration in evidence—And by dismissing claim on basis of agreement, CHRC has effectively removed possibility applicant may seek redress for complaint by way of remedies which had been previously available—In situation like present, all other potential remedies no longer exist once dismissal from Commission rendered—By asserting agreement valid and enforceable, Commission addressed question of law beyond its jurisdiction and answered incorrectly—Furthermore, since Commission's letter of dismissal indicating no other evidence considered or pivotal in arriving at decision, documentation supporting contention once agreement made determinative, remaining evidence not carefully scrutinized in light of all circumstances—Such failure to exercise mandate indicative of reviewable error—No greater irrelevant or extraneous consideration could have been relied upon than agreement which should not, and legally cannot, exist.

GEE V. M.N.R. (T-910-99, Muldoon J., order dated 17/1/01, 17 pp.)

INCOME TAX

SEIZURES

Appeal from TCC decision ordering MNR to reduce income tax assessments made against respondent for 1991, 1992, 1993—Order made as remedy under Charter, s. 24 for breach of Charter, s. 8 right to be secure against unreasonable search or seizure—Revenue Canada auditor took accountant's working paper file without permission—TCJ found this unreasonable search and seizure in breach of Charter, s. 8, and, in addition to ordering exclusion of notes as evidence, ordered reassessments on basis undeclared revenue be included in income and appropriate interests and penalties be assessed, but balance of assessments for three years in question be vacated—Appeal allowed in part—TCJ correct to find breach of Charter rights—Expectation of privacy with respect to accountant's notes containing confidential information—Notes taken surreptitiously, without authorization—On evidence, notes not relied on to justify reassessment—Harm caused by breach of Charter rights herein minimal—Remedy should similarly be minimal—Order for exclusion of notes appropriate herein, even though such exclusion may have little practical effect—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. 8, 24.

CANADA V. NORWOOD (A-220-00, Sharlow J.A., judgment dated 12/1/01, 9 pp.)

MARITIME LAW

PRACTICE

Appeal from Motions Judge's dismissal of appeal ([1999] F.C.J. No. 2017) from Prothonotary's dismissal of motion for stay of proceedings ((1999), 179 F.T.R. 254)—Dispute arising under contract of carriage by sea of goods—Bill of lading, signed on behalf of appellant as carrier, to carry two crates of goods from Anvers, Belgium to Seattle, Washington, U.S.A. (port-to-port bill of lading)—Appellant carried goods from Anvers to Montréal by sea and from there shipped them by rail to Richmond, British Columbia where damage to cargo noted—Thereafter goods shipped to Seattle—Respondents allege unilateral change in mode of carriage amounted to fundamental breach of contract, entitling them to damages—Ground for motion seeking stay of proceedings that bill of lading requiring any dispute arising thereunder to be determined by courts in Antwerp—In dismissing appeal, Motions Judge concluded Prothonotary not erring in considering issue of breach of contract in assessment of facts of case, in exercise of discretion—Test for reviewing decisions by prothonotary whether exercise of discretion by prothonotary clearly wrong i.e. based decision on wrong principle of law or misapprehension of facts, or decision raising question vital to final issue of case—Test for reviewing exercise of judicial discretion whether judge

MARITIME LAW—Continued

at first instance gave sufficient weight to all relevant considerations: *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394—Motions Judge considered extensive reasons of Prothonotary and, like him, found *Eleftheria* (The), [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.) not governing case—Proceeded to consider other matters Prothonotary had considered and concluded Prothonotary's decision should stand—Appeal dismissed—Anglo-American and Anglo-Canadian cases conclude dispute must be dealt with by courts of jurisdiction parties agreed to—Appellant submitting since *The Eleftheria* no Anglo-American or Anglo-Canadian case holding otherwise—But *Jian Sheng Co. v. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 F.C. 418 (C.A.) holding Prothonotary right to refuse stay where appellant not leading sufficient evidence to support existence of jurisdiction elsewhere than Canada—*The Eleftheria* decided in 1969—In 1975 *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.) setting out tripartite test to be applied on applications for interlocutory injunction—In *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, Beetz J. writing stay of proceedings and interlocutory injunction remedies of same nature, and courts tending to apply to granting of interlocutory stay principles followed with respect to interlocutory injunctions—Since 1975 decision in *American Cyanamid*, tripartite test employed in cases of applications for interlocutory injunctions proper test to apply in stay applications—Motions Judge took into account all relevant considerations—No reason to interfere with dismissal of appeal.

Z.I. POMPEY INDUSTRIE V. CANMAR FORTUNE (THE)
(A-29-00, Isaac J.A., judgment dated 25/1/01, 9 pp.)

TORTS

Action for damages following collision between two vessels—On December 11, 1984, two large ocean-going bulk carriers, M/V *Beograd*, M/V *Federal Danube* collided in Pointe Fortier anchorage in Lac St. Louis, west of Montréal, adjacent to lower Beauharnois lock, part of St. Lawrence Seaway—At 21:40, *Federal Danube*, at anchor in 50 feet of water in Pointe Fortier anchorage area south of navigation channel awaiting turn to move towards lock, began to draw in port anchor lying on river bed at 90 degrees of center line—*Beograd*, loaded with cargo of pinto beans whose destination Brazil, exited lock, passed vessel at lock's tie-up wall awaiting entry—At 21:45, *Beograd's* heading changed to 63 degrees—At 21:48, port bow of *Federal Danube* came into contact with holds 6, 7 on *Beograd's* port side—Two issues arising in new trial of cargo action: (1) plaintiff's standing to sue; (2) liability for collision—Plaintiff entitled to bring action in own name—Action framed in negligence both at common law in maritime matters, statute law whose principles in maritime matters flow from Canada Shipping Act, Collision Regulations made thereunder—Vessel underway must steer clear, avoid vessel properly at anchor—Only defence where collision occurs one of unavoidable accident which no

MARITIME LAW—Concluded

human skill, precaution could have avoided—Proof of breach of Rules in Collision Regulations not giving rise to presumption of fault unless plaintiff can establish causal connection between infringement of Rule, collision—Risk of collision not to be scanned under microscope—Whether any faults could be attributed to manner, way two ships operated, contributed to collision—*Beograd* negligently operated when collided with *Federal Danube* on night of December 11, 1984—Had no business being anywhere near *Federal Danube*—Good seamanship dictating *Beograd* navigate in channel reserved for that purpose rather than going through southern anchorage area at Pointe Fortier unless exceptional circumstances such as ascertained blockage of channel—Before setting out on course which would take her outside navigation channel, *Beograd*, as matter of good seamanship, should have verified by radar, with Seaway Control at Beauharnois (BOH) whether, in fact, channel encroached upon, to what degree—Speed of *Beograd*, about 9 knots at time of collision, not safe speed as required by Collision Regulations, Rule 6—*Beograd* breached Collision Regulations, Rule 16 which directed it to keep out of way of anchored vessel and, as far as possible, take early, substantial action to keep “well clear”—Whether actions of *Federal Danube* gave rise to liability on her part—No liability arising from failure to report anchorage position as not contributing to collision—Assuming *Federal Danube* required to obtain BOH’s permission to commence heaving operations, such permission given, navigators of *Beograd* knew, should have known *Federal Danube* in process—*Federal Danube* had not resumed voyage by navigating to lock’s tie-up wall at or immediately before collision—Had not, at time of collision, changed status from anchored vessel to one underway—Plaintiff not establishing *Federal Danube* under way for purposes of Collision Regulations—*Federal Danube*’s inoperable bow thruster not contributing to collision, would not have impaired ability to take effective collision avoidance measures through use of engines, Kort nozzle if time sufficient—Defendants not failing to appreciate risk of collision, to avoid it—Main cause of collision fact *Beograd* simply miscalculated safe passing distance in front of *Federal Danube*—No fault with *Federal Danube*’s limited manoeuvres at critical time—*Beograd* solely liable for collision—Plaintiff’s action dismissed—Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9—Collision Regulations, C.R.C., c. 1416, RR. 6, 16.

PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS V. *FEDERAL DANUBE* (THE) (T-2057-85, Lemieux J., judgment dated 31/1/01, 68 pp.)

NATIVE PEOPLES

ELECTIONS

Motion for *certiorari* to quash: respondent councillors’ decision to suspend applicant from position of Chief, Grand

NATIVE PEOPLES—Continued

Rapids First Nations, electoral officer’s decision to conduct referendum, results of referendum; for *mandamus* requiring reinstatement of Chief; declaration naming applicant Chief—Applicant elected Chief in June 1999—On March 20, 2000 petition submitted to Band’s electoral officer containing names of 51.7% of eligible voters of Band, calling for referendum to remove applicant from office—Acting on petition, councillors suspended applicant—On March 30, 2000 electoral officer informed applicant by letter calling referendum pursuant to clauses 910, 1510 of Band’s election policy—Six days later referendum held, resulting in 157 votes to remove applicant from office, 153 votes to retain him—Preliminary issues: (1) Indian Band Council constituting federal board, commission or other tribunal as defined in Federal Court Act, s. 2: *Sparvier v. Cowessess Indian Band*, [1993] 3 F.C. 142 (T.D.)—By analogy, electoral officer appointed by Band Council pursuant to Band constitution equally federal board, commission, other tribunal: *Parisier v. Ocean Man First Nation* (1996), 108 F.T.R. 297 (F.C.T.D.)—Electoral officer’s decisions amenable to judicial review, even if election held in accordance with Band’s own customary practices, not pursuant to Indian Act—(2) Several petitioner’s names possible duplicates—If suspect names removed, percentage of petitioners insufficient for electoral officer to act—Following *Sucker Creek Indian Band v. Calliou* (1999), 171 F.T.R. 275 (F.C.T.D.) Court examining merits of application despite defective petition—Issues: (1) Interpretation of clause 1510—Clause 1510, under heading “Recount”, providing upon receipt of petition signed by 51% of number of eligible voters in immediately preceding election requesting recall vote, electoral officer may arrange for vote—Clause 1510 applies uniquely to election recounts—Court noting instances where election policy not making sense without using subject headings—Although Manitoba Interpretation Act, s. 11 excluding headings in body of enactment, Band election policy apparently not written with such Act as guide—In *Statutory Interpretation* (Concord, Ont.: Irwin Law, 1997), R. Sullivan noting Canadian courts adopting single general rule whereby all components of legislation considered part of legislative context which can be taken into account in interpreting text—(2) Allegations of wrongdoing in petition—Under Band election policy, Chief may be removed upon vote pursuant to clause 910 declaring office holder involved in substantial dishonest conduct—Petition alleging applicant stole Band funds, lied to membership about theft—(a) Procedural fairness—Administrative decision affecting rights, privileges or interests of individual sufficient to trigger application of duty of fairness—Application of factors identified in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 as relevant to determination of content of duty of procedural fairness—(i) Nature of decision, process to make decision—Electoral officer not required to consult with others in making decision; must act within bounds of policy—In deciding to accept petition, hold referendum, electoral officer acting in

NATIVE PEOPLES—Continued

capacity similar to that of judicial officer, applied set of facts to election policy thus necessitating more procedural protection for applicant—(ii) Nature of statutory scheme—As no appeal from electoral officer's decision in policy and decision determination of issue, more procedural protection should be afforded to applicant—(iii) Importance of decision to individual—High standard of justice required when right to continue in one's employment or elective office at stake—Exacts high duty of fairness—(iv) Doctrine of legitimate expectations not applicable as applicant had no expectation electoral officer would follow defined procedure—(v) Choice of procedure—As procedure dictated by election policy, electoral officer not having any flexibility in determining choice of procedure to follow—High order of procedural fairness required—Conclusion: duty of fairness owed to applicant—(b) Content of duty of fairness—Basic requirements of principles of natural justice including notice, opportunity to make representations, unbiased tribunal—(i) Applicant received three letters: first purported to suspend him with pay, second and third informed him referendum to take place—Letters received *ex post facto*—Applicant had no prior notice—(ii) Applicant had no opportunity to make representations—(iii) Application of test for reasonable apprehension of bias set out in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369: what would informed person, viewing matter realistically, practically, having thought matter through, conclude—Wrongdoing: virtual lack of opportunity to meet petition's allegations important lacuna because petition inflammatory, possibly libellous—Supported by only 0.7% more than minimum percentage needed to call referendum—Petition circulated for seven months before submitted to electoral officer—Referendum held one week later—Unfair to expect applicant to mount reasonable campaign to repair reputation in one week when foes had over half year to smear it—Electoral officer clearly believed applicant dishonest—Reasonable, right-minded person would have perceived electoral officer biased against applicant—May have influenced decision to accept petition, alacrity with which held voting—(3) Election officer's scope of authority—Consideration of factors cited in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982 for determining standard of review—No privative clause; electoral officer appointed during public meeting, has no particular expertise; no application of open-textured legal principles infusing election policy; electoral officer's decision involving interpretation of election policy akin to decision of law—Decisions of electoral officer warrant only low deference—Appropriate standard of review correctness—Electoral officer erred in accepting petition knew to be flawed—That no basis in election policy to reject petition not excusing electoral officer from refusing to exercise reasonable, fair discretion to reject petition known to contain flaws—(4) Court adopting statement in *Sparvier* that Band members individuals entitled to due process, procedural fairness in procedures affecting them—Entitled

NATIVE PEOPLES—Continued

to equality of civil, constitutional rights with all other humans in Canada—*Crow v. Blood Band* (1996), 107 F.T.R. 270 (F.C.T.D.) distinguished—Applicant not acquiescing in election results—Not broad consensus to remove applicant from position—Review of cases demonstrating remedies Court may order when dealing with contested Indian Band elections—Demonstrating Court may fashion remedy appropriate to circumstances—Petition quashed for failure to comply with election policy, lack of procedural fairness—Council's decision to remove applicant as Chief quashed as based on defective petition—Results of subsequent referendum quashed because called as result of defective petition—Electoral officer's decision to render applicant ineligible to participate in future elections quashed—Applicant declared Chief—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1)—Interpretation Act, C.C.S.M., c. I-80, s. 11—Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5.

BALLANTYNE V. GRAND RAPIDS FIRST NATION
(T-679-00, Muldoon J., order dated 22/11/00, 29 pp.)

Motion for interlocutory injunction exempting Pasqua First Nations Band No. 79 from operation of Indian Act, ss. 74(4), 75, consequently restraining Band from holding nominations, elections complying with those sections of Indian Act—Action challenging constitutional validity of Indian Act, ss. 74(4), 75 on ground breach of Charter, s. 15 in that require persons who wish to run as candidates for Band councillor to be "ordinarily resident on reserve"—As plaintiff, Band member, not living on reserve, prohibited from holding office as Band councillor—Prior to May 1999, in accordance with Indian Act, s. 77, Band members not "ordinarily resident" on reserve not entitled to vote, be involved in election procedures—In May 1999, *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203 giving off-reserve Band members right to vote, as s. 77 declared unconstitutional, but declaration of unconstitutionality suspended for 18 months to give federal government time to take action—In order to implement implications of decision, Department, First Nations entering extensive consultations (i) with respect to amending Indian Act Election Regulations; (ii) to further enhance participation of non-resident Band members in governance, other democratic processes of Bands—Department developing additional significant amendments to election procedures, which will also address issue candidacy of non-resident Band members—Consultation process must be completed before amendments can be made—Will not be completed prior to election—In addition Band members developing custom Election Code—Once finalized, ratified, Minister will be asked to exercise discretion to issue order revoking application of Indian Act election procedure with respect to Band—Such order will permit Band to control own election procedures—Insufficient time to finalize, approve Code prior to expiration of current Chief's mandate—Constitutional

NATIVE PEOPLES—Concluded

validity of Indian Act, ss. 74(4), 75 too important to be dealt with in interlocutory proceeding—Requested relief affecting all 260 First Nations in Canada subject to ss. 74(4), 75—Decision should not be made on interlocutory basis—*Corbiere* deciding only question of right of all Band members to vote in Band council elections pursuant to s. 77—Constitutional validity of ss. 74(4), 75 and residency restriction on candidacy new, separate question never decided by any court—Granting relief requested would give plaintiff remedy immediately following issuance of statement of claim, before exchange of documents, discovery, trial—Would go farther on interlocutory motion than *Corbiere* went after full trial, two appeals—Application of tri-partite test from *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 312—Plaintiff not establishing will suffer irreparable harm if relief not granted—At most will miss out on being candidate, will not be able to vote for non-resident in election—Also balance of convenience not favouring summary determination—In public interest to permit consultation processes currently under way to continue without judicial intervention in this case—If relief granted, all Bands undergoing elections affected by interlocutory ruling—Procedures will be in doubt—If exemption granted, will serve as compelling precedent, make it very difficult for courts not to award similar interlocutory relief—Indian Act, R.S.C., 1985, c. 1-5, ss. 74(4), 75, 77 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 14)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15.

GORDON V. CANADA (MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS) (T-2388-00, Pinard J., order dated 2/2/01, 10 pp.)

OFFICIAL LANGUAGES

Application pursuant to Official Languages Act (OLA), s. 77 concerning applicant's complaint with Office of Commissioner of Official Languages (OCOL), challenging CCC linguistic profile as well as imperative staffing position of AS-02 position with Royal Military College as his EBB language profile precluded him from appointment to position—OCOL concluded language requirements of position justified—Applicant seeking order to set aside decision; order setting language profile as bilingual ACB; order setting aside staffing mode as imperative; order setting staffing mode as non-imperative; damages or compensation—Applicant submitting language requirements of bilingual CCC imperative not objectively required to perform duties involved—Applicant also contending Act used as screen to hide true reason for not appointing him to position, therefore constituting abuse of Act—Application dismissed—Little case law concerning Act, s. 91 applications—In order to modify linguistic requirements of posi-

OFFICIAL LANGUAGES—Concluded

tion, Court must find that no evidentiary basis to designation, that designation unreasonable, or that language requirements imposed frivolously or arbitrarily—If factual basis for designation, Court should not intervene—Also clear Court can only make determination with regard to objectivity of requirements and manner in which decision to impose requirements taken—Only relevant issue whether or not position objectively requiring linguistic requirements designated—More specifically, quite reasonable to require level C profile for oral interaction to perform tasks—Imperative staffing requirement not frivolous or arbitrary—Not unreasonable to characterize position as important point of contact with public, employees and student, including francophone students—Contrary to Heneghan J.'s finding in *Rogers v. Canada (Commissioner of Corrections)*, [2001] F.C.J. No. 99 (F.C.T.D.), Court not bound by OCOL's determination breach of Act has occurred—Up to Court to decide, on evidence, whether has been breach of Act—On evidence herein, OCOL's determination language requirements for position justified agreed with—Failure to abide by Treasury Board document recommending rationale for decisions to impose imperative staffing should be documented at each stage of process merely administrative omission—Therefore, language requirements objectively required to perform duties and tasks for which staffing action undertaken, in conformity with Act, s. 91—Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, ss. 77, 91.

ROGERS V. CANADA (DEPARTMENT OF NATIONAL DEFENCE) (T-2712-95, Nadon J., order dated 16/2/01, 25 pp.)

PATENTS**INFRINGEMENT**

Appeal from trial judgment ((1999), 87 C.P.R. (3d) 1) holding respondent's patent valid, infringed—Patent for biologically manufactured recombinant erythropoietin (EPO), similar in structure and function to glycoprotein produced by kidneys that stimulates bone marrow to produce red blood cells—Patent Act, s. 27(3) requiring patent to describe invention, outline how invention to be put into operation—Failure to meet first requirement rendering patent invalid for ambiguity; failure to meet second rendering it invalid for insufficiency—Appeal dismissed—(1) In construing patent as of date issued, rather than date applied for, Trial Judge relied on *AlliedSignal Inc. v. Du Pont Canada Inc.* (1995), 61 C.P.R. (3d) 417 (F.C.A.)—That case relied on *Burton Parsons Chemicals, Inc. v. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 555—Lamer J. subsequently stating in *Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [1989] 1 S.C.R. 1623 that description must be such as to enable person skilled in art or field of invention to produce it using only instructions contained in disclosure and once monopoly period over, to use invention as successfully as

PATENTS—Continued

inventor could at time of application—Even standing alone, not clear authority for assertion patent to be construed at time of filing, but only that inventor would be able to do so at time of filing—Lamer J. referring to *Burton Parsons*, but not indicating any disagreement with Pigeon J.'s statement—Relied on *Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.*, [1947] Ex. C.R. 306, wherein stated necessary to consider what phrase would have meant at date of patent to person skilled in art—Improbable S.C.C. in *Pioneer Hi-Bred* intended to depart from *Burton Parsons* without signalling clear intention of doing so—(2) Appellant maintaining Trial Judge erred in determining “human urinary EPO” sufficiently described, rejecting argument could not be sufficiently described because each person’s EPO different, and because different EPOs have different molecular weights—Trial Judge finding human EPO to be used for comparative analysis with recombinant EPO to be drawn from pooled-source of human urinary EPO rather than from particular individual—Open to Trial Judge to find Claim 1 referring to pooled-source human urinary EPO—Construction of patent turning heavily on evidence accepted at trial of person skilled in art; patent should be construed with “mind willing to understand” as well as with judicial anxiety to support really useful invention—Appellant also arguing Claim 1 invalid because human urinary EPO, recombinant EPO showing same range of molecular weights—That EPO having range of molecular weights not fatal to respondents’ case—By requiring two substances be compared side-by-side, SDS-PAGE test (process used to determine apparent molecular weights of proteins) intended to determine which of two possesses higher molecular weight—Irrelevant that different human urinary EPO’s exhibit different molecular weights—(3) Trial Judge finding human EPO available to someone needing it for purposes of comparing it to recombinant EPO both at date of issue and date of application—Evidence not indicating erred—(4) Trial Judge relying upon results of experiment conducted by respondents in New Jersey in 1998 to conclude appellant’s product possessing higher molecular weight than that described in patent, and that therefore infringed patent—Appellant not identifying any palpable, overriding error justifying F.C.A.’s intervention with such finding—Complaint basically that Trial Judge preferred evidence of respondents’ experts over that of own experts—Absent some clearly ignored or misapprehended evidence, not sound basis for appellate review—(5) Appellant seeking declaration recombinant EPO, possessing same or lower molecular weight than that described in Claim 1, not infringing patent—Court not in position to declare any product appellant may now or hereafter possess, other than one in issue, would not infringe Claim 1 merely on basis of broad assertion product having same or lower molecular weight than human urinary EPO cannot infringe claim—(6) Trial Judge concerned one of appellant’s expert witnesses “less than ethical” when took photos of another doctor’s slides at annual meeting of haematologists, and published

PATENTS—Continued

article referring to slides without attribution to owner—Criticism stronger than evidence required—Unchallenged evidence that in taking photos at open meeting acting in accordance with accepted practice, and failure to credit owner of slides done at insistence of journal editor who thought it unnecessary because owner’s views presented in public forum—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 27(3) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 31).

KIRIN-AMGEN INC. v. HOFFMANN-LA ROCHE LTD.
(A-155-99, Stone J.A., judgment dated 20/12/00, 21 pp.)

PRACTICE

Application for judicial review of Minister’s decision removing patent for Serzone from patent list—Patent had originally (in 1992) been omitted from patent list due to inadvertence—Applicant used trade name change element of Food and Drugs Regulations, s. C.08.003 to accomplish objective of having patent registered—Attempt successful at first, patent registered, then Minister notified applicant patent added mistakenly, on incorrect interpretation of *Apotex Inc. v. Canada (Minister of Health)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 271 (F.C.T.D.)—Application dismissed—Minister’s decision correct in law—To allow use of Food and Drug Regulations would allow innovative companies to circumvent timing requirements of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 4 by changing brand names in order to put patents on register that were not there before, for which time lines had not been complied with originally—Such result would be contrary to specific intention of Parliament as expressed in NOC Regulations, s. 4(6)—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 4(6) (as enacted by SOR/98-166, s. 3)—Food and Drugs Regulations, s. C.08.003 (as am. by SOR/85-143, s. 2; 93-202, s. 25).

BRISTOL-MYERS SQUIBB CANADA INC. v. CANADA
(ATTORNEY GENERAL) (T-1768-00, Campbell J., order dated 19/1/01, 19 pp.)

Appeals from Trial Division orders dismissing applications by Pfizer Canada Inc., Pfizer Corporation for orders of prohibition under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 6(1)—Appellants seeking to prohibit Minister of National Health and Welfare from issuing Notices of Compliance (NOCs) to respondents Nu-Pharm, Apotex Inc., for medicine fluconazole, before expiration of Canadian Letters Patent 1,181,076 (Pfizer patent)—In June 1995, each of respondents, Apotex and Nu-Pharm, issued Notices of Allegation under Regulations, alleging no pertinent claim of Pfizer patent would be infringed by specific processes intended to be used in manufacture of fluconazole—In response to Notices of Allegation, appellants commenced applications for prohibition in Trial Division on August 10, 1995—Whether appeals moot

PATENTS—Concluded

because Minister issued NOCs—FCA decision in *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1999), 240 N.R. 195, governing present appeals—Disposition of appeals depending upon proper interpretation of Regulations—Prohibition proceedings under Regulations not similar to patent infringement proceedings—S. 6 proceedings giving patentee special method of protecting patents from possible infringement—Phrase “dismissed by the court” in Regulations, s. 7(4) to be interpreted as meaning “dismissed by the Federal Court Trial Division”—Once prohibition proceedings brought by appellants dismissed by Trial Division, Minister entitled to issue NOCs to Apotex, Nu Pharm with respect to fluconazole—Issue of NOCs foreclosing attempts to continue prohibition proceedings under Regulations—No injustice flowing from such interpretation of Regulations—Appellants’ contention Court should exercise discretion to hear appeals otherwise moot to clarify potential liability for damages under Regulations, s. 8 unacceptable—Court’s decision appeals moot not meaning appellants without remedies—Latter may commence actions for infringement if so advised, facts warrant—S. 6 proceedings not adjudicative of patentee’s rights—Lawful administrative action by Minister under Regulations rendering appeals moot—Appeals dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 6, 7, 8.

PFIZER CANADA INC. V. APOTEX INC. (A-69-98, A-681-98, Isaac J.A., judgment dated 10/1/01, 14 pp.)

PENITENTIARIES

Judicial review of decision of Independent Chairperson presiding at Inmate Disciplinary Court at Bath Institution finding applicant guilty of failing or refusing to provide urine sample upon demand pursuant to Corrections and Conditional Release Act, s. 40(1)—Applicant unable to provide sample even though given more than two hours—In finding applicant guilty, Independent Chairperson stating applicant raised reasonable doubt, but standard imposed on Independent Chairperson higher; excuse must be provided with justification, either medical or some kind of documentation—Application allowed—Standard of review patent unreasonableness—Onus of proof on prosecutor in inmate disciplinary hearings—Shifts to accused when respondent showing offence taking place, applicant offering lawful excuse—Chairperson erred in requiring medical evidence and/or documentation—Applicant entitled to offer evidence on lawful excuse; Chairperson should weigh evidence, determine whether constituting lawful excuse—Applicant not required to produce medical evidence or documentary evidence, but may be in his interest to do so—No standard type of evidence required by law—S. 43(3) providing person conducting hearing shall not find inmate guilty unless satisfied beyond reasonable doubt inmate committed disciplinary offence—Not necessary to return matter for re-

PENITENTIARIES—Concluded

hearing as Chairperson already decided reasonable doubt herein—To subsequently find applicant guilty serious injustice—One of rare cases where exercise of judicial discretion in relation to inmate disciplinary matters warranted—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 40(1), 43(3).

DURIE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-322-00, McKeown J., order dated 5/2/01, 4 pp.)

PENSIONS

Judicial review of Veterans Review and Appeal Board’s dismissal of applicant’s appeal from Entitlement Review Panel’s dismissal of appeal from Department of Veterans Affairs’ denial of disability pension—In January 1990, applicant experiencing severe chest pain—Diagnosed with sarcoidosis, treated accordingly—Pain abated, medication terminated—At end of August 1990 pain returned, sarcoidosis medication re-prescribed—Pain continued, increasing in intensity, changing in nature—By May 1991 applicant in extreme pain—Tests revealed two fractured vertebrae, spinal tumour—On May 29, tumour removed, vertebrae fused, metal rods inserted in spine—Removal of tumour finally relieving pain—1992 application for disability pension alleging medical mismanagement of condition, specifically, less than timely diagnosis of cancer resulting in more extensive surgery, disability—Applicant submitted supporting medical opinions from Drs. Hurley, Jaeger that there was delay in cancer diagnosis, which may have contributed to extensive nature of surgery, severity of resulting disability—Board relying on statement of Dr. Clark that no evidence of medical mismanagement in diagnosis, treatment; stating no contradictory medical opinion—Standard of review patent unreasonableness i.e. Court may interfere only if error of law, erroneous finding of fact made in perverse, capricious manner or without regard to material before it—Veterans Review and Appeal Board Act, s. 39 requiring Board to draw every reasonable inference in favour of applicant, accept any uncontradicted evidence considered credible, resolve any doubt in favour of applicant—In extrapolating from Dr. Jaeger’s statement unable to account for delay in cancer diagnosis that entire opinion speculative, Board misconstruing evidence—Dr. Jaeger specifically stated focus on previous diagnosis could account for 10-month time frame from time applicant complained of pain to time finally referred to sarcoïd expert, who quickly uncovered source of pain—Both Drs. Hurley, Jaeger stating applicant’s disease probably present in clinical, detectable stage for six to twelve months prior to detection—Board questioning neither credibility nor trustworthiness of medical opinions, but concluded speculative—Could have reached its conclusion only by ignoring evidence of Drs. Hurley, Jaeger, misconstruing evidence or misdirecting itself as to effect of s. 39 in face of credible, trustworthy evidence—Also erred in law by failing to

PENSIONS—Concluded

reverse onus of proof once applicant produced evidence of medical mismanagement—In light of statutory mandate to resolve any doubt in weighing of evidence in favour of applicant as provided in ss. 3, 39, Board's decision set aside—Veterans Review and Appeal Board Act, S.C. 1995, c. 18, ss. 3, 39.

SCOTT V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2138-99, Hansen J., order dated 25/1/01, 11 pp.)

PRACTICE

Appeal from Aronovitch P.'s order dismissing respondent's motion to convert applicants' judicial review application into action under Federal Court Act, s. 18.4—Applicants members of four Indian bands forming part of Sto:lo Aboriginal Nation, representing Aboriginal people living in, around Chilliwack, B.C.—Commenced judicial review application challenging validity of Order-in-Council P.C.-2000-925 which authorizes Minister of Defence to transfer title of 62 hectares of land to Canada Lands Company Ltd.—Respondent brought motion to convert judicial review application into action on basis application, supporting evidence raised issue of proof of Aboriginal rights, title to lands in question—Motion dismissed by Aronovitch P.—Appeal allowed—Case law clearly established cases requiring proof of Aboriginal rights, title require determination by way of action—Applicants' judicial review application raising issues of proof of Aboriginal rights, title which can only be determined by way of trial—Application should be converted into action—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.4 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

SOOWAHLIE INDIAN BAND V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1258-00, Rouleau J., order dated 29/1/01, 7 pp.)

AFFIDAVITS

Appeal from Trial Division decision ([2000] F.C.J. No. 879 (QL)) dismissing appeal from order of Prothonotary dismissing appellant's motion to strike out paragraph 9 in affidavit filed on behalf of respondent on ground not based on personal knowledge—R. 81 requiring that, except on motions, affidavits be confined to facts within personal knowledge of deponent—Rule reflecting general rule of evidence relating to hearsay—On face, facts in paragraph 9 not stated to be facts of which deponent had firsthand knowledge—Even if paragraph 9 limited to attempt to establish statements made, still hearsay where not clearly established deponent personally received telephone calls—Obvious attempt to demonstrate actual confusion on part of callers—Evidence clearly hearsay—R. 81(1) rule of practice, procedure in Court, reflecting general rule against hearsay—Words of paragraph 9 showing evidence hearsay—Clearly proffered for truth—No suggestion necessity,

PRACTICE—Continued

reliability exception applies—Case in which, prior to hearing, appropriate to strike offending paragraph—Motions to strike affidavits justified only in exceptional cases where prejudice demonstrated, evidence obviously irrelevant—In case of motions to strike based on hearsay, motion should only be brought where hearsay goes to controversial issue, can be clearly shown, where prejudice by leaving matter for disposition at trial can be demonstrated—Appeal allowed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 81.

CANADIAN TIRE CORP. V. P.S. PARTSOURCE INC. (A-434-00, Malone J.A., judgment dated 8/2/01, 8 pp.)

DISCOVERY*Examination for Discovery*

Appeal from dismissal of appeal ([1999] 4 F.C. D-67) of Prothonotary's order requiring DuPont to answer questions from examination for discovery relating to DuPont's knowledge of composition, density of respondent's film—Discovery conducted as part of action for infringement of DuPont's patent relating to pouches filled with flowable material—DuPont objecting to answering questions on basis of privilege—DuPont's in-house lawyer requesting performance of tests, experiments on respondent's film to assist in determination of whether infringement in preparation for, during conduct of, litigation—Results either sent to her in memo or forwarded to her by those who performed tests—Results since maintained in confidence—Conceded facts sought on discovery relevant to claim of infringement—Respondent seeking only discovery of facts relied on by DuPont—*Global Petroleum Corp. v. CBI Industries Inc.* (1998), 172 N.S.R. (2d) 326 (C.A.) holding privilege cannot be used to protect facts from disclosure if those facts relied on by party; if relied upon, must be disclosed—Respondent not seeking access to any legal advice, opinion, evaluation—Not asking question directed generally to test results—Question concerning density of film specific, relevant to allegation of fact relied upon by plaintiff in pleadings—Immaterial that facts relied on by DuPont discovered through solicitor—Appeal dismissed.

DUPONT CANADA INC. V. EMBALLAGE ST-JEAN LTÉE (A-582-99, Richard C.J., judgment dated 13/12/00, 7 pp.)

Application by way of appeal from Prothonotary's decision ordering resumption of cross-examination on affidavits for purpose of challenging credibility—Implicitly Prothonotary dismissed requests to strike affidavits, request for production of microfiche displaying engineering drawings to which copyright infringement action relating, and request for advice as to current whereabouts of microfiche—Microfiche property of plaintiff, but stolen—During execution of Anton Piller order microfiche secretly removed

PRACTICE—Continued

from defendant's offices—Without production of microfiche plaintiff unable to cross-examine witnesses—On question of standard of review, submissions divided into three subject-matter areas: failure to order production of microfiche, related relief; failure to order issuance of subpoena; failure to grant costs on motions on scale requested—Discretionary orders of prothonotaries should not be disturbed on appeal to judge unless clearly wrong or raising questions vital to final issue of case: *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.)—Appellate interference also justified where decision would result in some injustice being done: *Citipage Ltd. v. Barrigar & Oyen* (1993), 49 C.P.R. (3d) 1 (F.C.A.)—Prothonotary holding plaintiff not demonstrating relevance of microfiche to motions in respect of which have leave to cross-examine, microfiche not compellable—Applicants submitting this conclusion error of law, resulting in injustice, and request for order compelling production should be considered *de novo*—If every discretionary decision of prothonotary determined to fall within criteria for review *de novo* on appeal to judge, hearing before prothonotary would be no more than expensive preliminary rest stop along procedural route to motions judge—Against foregoing, that Anton Piller order required defendants to deliver into interim custody of designated solicitor all designated material, including microfiche located at any place of business of corporate defendants, considered—Presumably microfiche in question herein within ambit of order, and not delivered up—Foregoing begs question of what useful purpose further order for delivery up of microfiche might serve—Thus, even on review *de novo* of aspect of order of Prothonotary relating to production of microfiche, and where deference owed to that order, on facts, no basis to intervene—As to failure to deal with request for issuance of subpoena, Federal Court Rules, 1998, r. 397(1)(b) permitting party to file notice of motion to request Court, as constituted at time order made, to reconsider terms on ground matter that should have been dealt with overlooked or accidentally omitted—Given lack of any reference to request for issuance of subpoena in order, reasonable to suspect failure to even mention requested relief accidental omission—Although plaintiff, co-defendant by counterclaim not requesting relief under r. 397, that method of seeking relief still open—Extension of time to seek relief under r. 397 ordered—Costs aspect of order purely discretionary, and under *Aqua-Gem* test no basis on which Court ought reasonably to review those aspects of order *de novo*—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 397.

MONTAGUE INDUSTRIES INC. v. CANMEC LTÉE
(T-169-99, Gibson J., order dated 14/2/01, 20 pp.)

PARTIES

Application for judicial review of Canadian Human Rights Commission's refusal to conduct investigations into conduct,

PRACTICE—Continued

with regard to Mr. Nourhaghghi, of named respondents other than Attorney General of Canada, Canadian Human Rights Commission giving rise to several motions to dismiss application against respondents—Federal Court Rules, 1998, r. 303 requiring applicant to name as respondent every person directly affected by order sought in application, other than tribunal in respect of which application brought—*David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.) making it very clear that, except in extraordinary circumstances, consideration of application for judicial review, on its merits should not be delayed or otherwise impeded by motions to strike—Although exception to general rule exists, only arising in "very exceptional" cases—Onus on applicants onerous—Applications for judicial review should be dealt with expeditiously and with minimum of interlocutory procedures—Essentially Nourhaghghi seeking to require Canadian Human Rights Commission to conduct investigations into activities of other named respondents, as those activities affected him—Respondents other than Attorney General of Canada, Commission not persons who might be "directly affected" within meaning of r. 303(1)(a) by any order properly granted on Nourhaghghi's originating application—Commission, being tribunal in respect of which application brought, specifically excluded from ambit of that paragraph—R. 303(2) applies—Appropriate respondent Attorney General of Canada—To grant orders would facilitate, rather than impede, progress of litigation—Strong likelihood such decision would be appealed, resulting in needless expenditure of public, private funds—But if relief not granted, needless expenditure of private funds—Nourhaghghi disputing right of various respondents to bring applications in light of failure to file appearances—Respondents before Court who had not filed appearances, orally applied for extension of time to file; extension granted; appearances filed—Issue regarding appearances technical; should not stand in way of removal of respondents where result of failure to remove them would complicate process, increase cost, delay ultimate resolution—Motion for order requiring counsel to "show cause for contempt" adjourned—Orders to go striking all moving parties, except Attorney General of Canada, Dennis Osborne—Motion for security for costs adjourned *sine die*—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 303.

NOURHAGHGHIGHI V. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T-1535-00, Gibson J., order dated 22/1/01, 30 pp.)

PLEADINGS

Judicial review of visa officer's decision applicant not meeting requirements for immigration to Canada—Applicant requesting qualifications be considered in respect of two occupations, but decision letter, CAIPS notes (apart from very brief preliminary reference) dealing with only one

PRACTICE—Continued

occupation—Application dismissed—(1) Conclusion work experience, education short of equivalent educational requirements “usually required” reasonably open to visa officer—(2) Failure to assess applicant in respect of second identified occupation not raised as issue either on face of application for judicial review or in applicant’s supporting affidavit—*Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455 (C.A.) applied—Court will deal only with grounds of review invoked by applicant in originating notice of motion, supporting affidavit—If applicant able to invoke new grounds of review in memorandum of argument, respondent could be prejudiced through failure to have opportunity to address new ground in her affidavit, or at least consider filing affidavit to address new issue.

ARORA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5901-99, Gibson J., order dated 10/1/01, 5 pp.)

RES JUDICATA

Motions for summary judgment—Action for declaration use of enalapril maleate not infringing defendants’ patent—Counterclaim for declaration use infringing patent—Federal Court Rules, r. 216 stating motion for summary judgment granted where no genuine issue for trial—Summary judgment should only be granted when case so doubtful not deserving consideration by trial judge: *Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 F.C. 853 (T.D.)—Matter disposed of by operation of doctrine of *res judicata* or issue estoppel which applies to every point in issue which parties, exercising reasonable diligence might have brought forward at time—Doctrine operating to reinforce principle of finality in litigation process—*Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 440 stating *res judicata* implying identity of parties, object, cause, but not necessary for two actions to have exactly same conclusion—Case involved identical parties, issues, almost identical facts to *Merck & Co. v. Apotex Inc.* (1994), 59 C.P.R. (3d) 133 (F.C.T.D.); (1995), 60 C.P.R. (3d) 356 (F.C.A.)—Both cases involving enalapril maleate acquired by Delmar under compulsory licence issued on April 24, 1992—As in present case, *Merck* case involved bulk enalapril maleate acquired by Delmar, sold to foreign third party in January, February 1993—Both cases requiring determination as to effect of statutory extinguishment of Delmar licence on February 14, 1993 on rights of subsequent purchasers of enalapril maleate sold by Delmar while still under licence—MacKay J. and C.A. finding *Merck* patent infringed by Apotex in relation to enalapril maleate purchased by Apotex from undisclosed foreign customer of Delmar after compulsory licence held by Delmar extinguished by statute—Only difference between *Merck v. Apotex*, this case that enalapril maleate involved in previous case acquired in March 1993 and in present case acquired by Apotex in May, October 1994—Nothing turning on this factual difference as in both cases enalapril maleate acquired after Delmar compulsory licence extinguished by

PRACTICE—Concluded

statute on February 14, 1993—Plaintiff arguing *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129 illustrated purchaser’s rights existing *in rem* and that because enalapril maleate sold to foreign third party from which Apotex purchased it prior to extinguishment of Delmar compulsory licence, such extinguishment therefore having no effect on Apotex’s rights to use subject enalapril maleate—*Novopharm* distinguished as involving different facts: question of termination of licence by patentee rather than extinguishment of compulsory licence by statute—No special circumstances warranting Court’s exercise of discretion to circumvent normal workings of doctrine of *res judicata*—As result of *Merck v. Apotex*, no genuine issue to be tried in respect of claim for declaratory relief in Apotex’s statement of claim and no defence to claim of patent infringement—Summary judgment ordered in favour of defendants—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 216.

APOTEX INC. V. MERCK & CO. INC. (T-294-96, McKeown J., order dated 2/2/01, 12 pp.)

PUBLIC SERVICE**LABOUR RELATIONS**

Application for writ of *mandamus* ordering respondents to reclassify applicants’ positions as members of Trade-marks Opposition Board from PM-06 to LA-02—Issue whether Deputy Head’s nominee actually made decision with respect to whether applicants’ positions should be reclassified as LA positions—In affirmative, would be appropriate for Court to issue writ of *mandamus* compelling nominee to officially render such decision—Applicants filed grievance pursuant to PSSRA, s. 91—Grievance committee unanimously recommended reclassification as LA, but also, citing expired policy bulletin, that matter be referred to Department of Justice for consultation—Nominee followed recommendation and referred matter to Justice—Justice recommended rejection of reclassification, and nominee notified applicants of rejection—Application dismissed—Actually, grievance committee made two findings: positions should be reclassified, but mistakenly stated reclassification could not be done until Department of Justice had been consulted on matter—When nominee approved recommendation, approval applied to both recommendations—Nominee appreciated that there was no decision on matter until Justice had been consulted—Nominee erred in following expired policy bulletin providing for consultation with Justice, but error cannot be ignored—Nominee not *functus* as no decision made at this time—Instead approved recommendation to forward matter to Justice for consultation—Applicants have not established necessary grounds for granting *mandamus*—Under Classification Grievance Procedure, nominee has discretion to accept or reject recommendation of grievance committee—However, if nominee decided to reject matter, new decision must be personally approved by deputy head—Applicants have not established right to have decision sought by them issued and issued in manner and by

PUBLIC SERVICE—Concluded

person sought to be coerced—Nominee made no decision on grievance committee's decision, did not exercise discretion—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 91.

HERZIG V. CANADA (DEPARTMENT OF INDUSTRY)
(T-1-00, McKeown J., order dated 7/2/01, 10 pp.)

TRADE-MARKS**PRACTICE**

In action for patent and trade-mark infringement action, plaintiffs applying for interlocutory injunction restraining defendant from using trade-mark "One Touch" and from infringing patent—LifeScan U.S. owner of patent for "whole blood glucose test strip" invention—LifeScan Canada licensee of patent—LifeScan Canada also licensee of Johnson & Johnson's "One Touch" trade-mark—Novopharm selling in Canada blood glucose test strips known as "Novo Glucose" test strips which can only be used with "One Touch" metre—Sold with three "One Touch" metres displayed on box, with insert providing direction on how to use "Novo Glucose" test strip, with headline containing words "with all "One Touch" metres" and instructions replete with reference to "One Touch" metres and test strip—Health Canada questioned whether Novo Glucose met safety and effectiveness requirements of Medical Devices Regulations—Novopharm voluntarily discontinued sale of own test strips until approval of proposed changes to packaging and insert and satisfied Health Canada on safety issue—Application dismissed—Question whether test strips which Novopharm purchases from other company fall within LifeScan U.S./DSI licence neither frivolous nor vexatious, therefore serious issue—Application of *Centre Ice Ltd. v. National Hockey League* (1994), 53 C.P.R. (3d) 34 (F.C.A.); *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (1996), 69 C.P.R. (3d) 455 (F.C.A.); *Cutter Ltd. v. Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd.* (1980), 47 C.P.R. (2d) 53 (F.C.A.) as to irreparable harm—LifeScan has not met irreparable harm test as evidence not clearly showing harm would result—Evidence on confusion not convincing—LifeScan's evidence of loss of brand equity and reputation not convincing—In any event, nature of harm claimed by LifeScan calculable and compensable in damages—As to balance of convenience, Novopharm would suffer more by grant of injunction than LifeScan would if denied—Furthermore, LifeScan unreasonably delayed bringing application for interlocutory injunction—Medical Devices Regulations, C.R.C., c. 871.

LIFESCAN, INC. V. NOVOPHARM LTD. (T-780-00,
Lemieux J., order dated 10/11/00, 50 pp.)

REGISTRATION

Canada Post Corporation objecting to registration of trade-mark "Video Mail" in connection with "telecommunication

TRADE-MARKS—Continued

services on ground "Video Mail" confusing with number of its trade-marks, including "Faxmail", "Lasermail", "Admail", some of which involving telecommunications—Opposition Board concluding average consumer would associate proposed mark with generic services, such as voice mail, e-mail—Finding opponent not discharging onus of showing use of mark would likely lead consumers to assume services provided were provided by Canada Post—On appeal Canada Post submitting new evidence, including survey of reaction of consumers to proposed mark—Survey involving interviews of 600 randomly chosen consumers in shopping malls in Vancouver, Toronto, Montréal, Halifax—Randomly chosen in that interviewees individuals who happened to be in mall on day in question and agreed to participate—Age, gender criteria applied to those who agreed to participate so representative of larger population—Applicant's position that 9% of those exposed to "Video Mail" confused as to origin of services to be marketed thereunder—Appeal allowed—"Average" consumer implies majority of consumers i.e. average consumer misled if majority of consumers misled—Trade-marks Act not requiring majority of consumers be misled to support finding of confusion—Sufficient that substantial number of consumers, more than enough to pass *de minimis* threshold but less than majority, be confused or be likely to be confused—To extent use of phrase "average consumer" meaning majority of consumers, Opposition Board in error—Criteria for use of survey evidence in trade-mark matters reviewed in *Walt Disney Productions v. Triple Five Corp.* (1994), 53 C.P.R. (3d) 129 (Alta. C.A.)—Include certain structural criteria whose object to ensure survey results broadly representative of general population and results not skewed by inappropriate questions—Sample herein large enough, sufficiently random to be broadly representative of public—Questions factual, responses recorded without being characterized by interviewer—Survey evidence meeting structural criteria—Survey evidence, showing 9% of consumers believed product called "Video Mail" would be provided by Canada Post evidence of actual confusion in significant number of consumers, regardless of whether other responses given by larger group of survey sample—But evidence of actual confusion not determinative as s. 6 requiring all of surrounding circumstances be considered—Registrar's decision correct in most respects with respect to balance of circumstances to be considered, except degree of resemblance between trade-marks—Registrar finding respondent's marks not suggestive of applicant's services, but rather of services such as voice mail or e-mail—Erred in doing so as survey evidence showing significant number of persons thought respondent's marks suggestive of postal services—Registrar erred in registering respondent's trade-mark as it was, and is, confusing with applicant's registered trade-marks—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 6.

CANADA POST CORP. V. PAXTON DEVELOPMENTS INC.
(T-614-99, Pelletier J., order dated 8/12/00, 12 pp.)

TRADE-MARKS—Concluded

Appeal from Trade-marks Opposition Board's refusal of registration of applicant's trade-mark "Eliminex" proposed for use in association with veterinary anti-parasitic preparations on ground confusing with respondent's previously applied for mark "Eliminator" proposed for use in association with insecticidal ear tags—Board concluded existing "Elimin-Odor" registration for use in association with "veterinary products, namely a deodorant" irrelevant because not medical preparation, but home deodorant—Finding wares similar, both being medical preparations for veterinary use—Appeal allowed—(1) Whether Board relied on irrelevant evidence in finding nature of wares similar, both being medical preparations, and as consequence gave no weight to previously registered mark "Elimin-Odor"—Parasites may be internal or external—If external, may be addressed by use of repellants, insecticides, not normally considered "medical preparations"—No evidence supporting finding wares "medical preparations"—Reasonably open to Board to conclude deodorant product, although for veterinary use, not medical preparation—Not erring in concluding "Elimin-Odor" registration irrelevant—(2) Whether Board erred in giving undue weight to common prefix "Elimin-", common to third party marks in same area, and inherently weak prefix suggesting concept of elimination—Board finding marks bearing fair degree of visual, phonetic resemblance due to common use of prefix "Elimin-"—Degree of resemblance greater since both marks suggesting concept of elimination—Use of prefix "Elim-" suggesting notion of elimination, but no evidence at material date of recognition or association of prefix with respondent's wares—Board noting earlier registration of "Elimix"—Strength of distinguishing aspect of suffix "-ex" significant—In case of applicant's mark, addition of suffix "-ex" creating coined word while suffix "-ator" in respondent's mark creating word found in common vocabulary—Impact of suffix "-ex" as opposed to "-ator" when considering totality of two marks significant—Impact of suffix of greater importance when common prefix weak, non-distinctive—Also resulting in marks being phonetically distinguishable—Opposition Board's conclusion two marks confusing based on common prefix "Elimin-" and connotation of elimination failing to take into account totalities of two marks—At material date, applicant's trade-mark would not cause purchaser to infer applicant's wares emanate from same source as those of respondent—Appeal allowed.

MERIAL LLC v. NOVARTIS ANIMAL HEALTH CANADA INC. (T-1260-99, Hansen J., order dated 31/1/01, 12 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Application to set aside Umpire's decision—Following investigation of respondent's claim for benefits, Commission found discrepancy between earnings declared, received by respondent during benefit period—Commission concluding claimant falsely reported earnings, imposing penalty—Penalty originally assessed at \$3,345, reduced to \$2,821 due to fact claimant had not received mail, not aware of previous penalty—Commission prepared to reduce penalty 50% again from \$2,821 to \$1,410.50—Umpire further reduced penalty to \$750, part of order applicant sought to set aside—Commission having duty to consider particular circumstances of claimant where extenuating circumstances come to its attention—Any penalty imposed must reflect circumstances, which may be done by percentage adjustment—Commission considered particular circumstances of applicant—Not unreasonable exercise by Commission of discretionary power to impose penalty—Umpire having no grounds to substitute lesser penalty—Application allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. MCLEAN (A-549-99, Richard C.J., judgment dated 6/2/01, 4 pp.)

VETERANS

Application for judicial review of Veterans' Review and Appeal Board decision rejecting application for pension benefits with respect to lower back pain disability on ground pain neither arising out of nor directly connected with service in peacetime—Applicant alleging condition due to training, parachute jumps and hockey injury during Canadian Forces Command and Staff College event—Application allowed—Veterans Review and Appeal Board Act, ss. 3, 39 creating liberal and purposive guidelines for claims for veterans' pensions in light of nation's great moral debt to those who served country—Act, s. 39 requiring Board to draw every reasonable inference in favour of applicant: *Chénier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)* (1991), 136 N.R. 377 (F.C.A.)—Normally, standard of review in cases such as present patent unreasonableness: *McTague v. Canada (Attorney General)*, [2000] 1 F.C. 647 (T.D.)—However, standard not apt where error concerning exercise of Board's jurisdiction—Board erred in exercise of jurisdiction by coming to conclusion that failed to deal expressly with evidence from which inference favourable to applicant might have been drawn—Veterans Review and Appeal Board Act, S.C. 1995, c. 18, ss. 3, 39.

WOOD v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1978-99, MacKay J., order dated 19/1/01, 16 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 de la décision par laquelle le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) avait rejeté la demande de prestations de pension fondée sur une invalidité, à savoir des douleurs au bas du dos, pour le motif que l'invalidité n'était pas consécutive ou rattachée directement au service en temps de paix—Le demandeur alléguait que son état était attribuable à l'entraînement, à des sauts en parachute et à une blessure subie en jouant au hockey lors d'un événement au Collège d'état-major et de commandement des Forces armées—Demande accueillie—Les art. 3 et 39 de la Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) établissent des lignes directrices larges et fondées sur l'objet visé à l'égard des demandes de pension présentées par les anciens combattants compte tenu de la grande dette morale que la nation a envers ceux qui ont servi le pays—L'art. 39 de la Loi exige que le Tribunal tire les conclusions les plus favorables possible au demandeur: *Chénier c. Canada (Ministre des Anciens combattants)* (1991), 136 N.R. 377 (C.A.F.)—Normalement, la norme de contrôle à appliquer dans des cas comme celui-ci est celle de la décision manifestement déraisonnable: *McTague c. Canada (Procureur général)*, [2000] 1 C.F. 647 (1^{re} inst.)—Toutefois, cette norme ne s'applique pas si l'erreur se rapporte à l'exercice par le Tribunal de sa compétence—Le Tribunal a commis une erreur dans l'exercice de sa compétence en tirant une conclusion sans examiner expressément les éléments de preuve qui auraient permis de tirer une conclusion favorable au demandeur—Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel), L.C. 1995, ch. 18, art. 3, 39.

WOOD C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1978-99, juge MacKay, ordonnance en date du 19-1-01, 16 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande visant l'annulation de la décision d'un juge-arbitre—Par suite d'une enquête au sujet de la demande de prestations de la défenderesse, la Commission a conclu qu'il y avait une divergence entre le revenu que la défenderesse

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

avait déclaré et celui qu'elle avait reçu pendant sa période de prestations—La Commission a conclu que la défenderesse avait fait une fausse déclaration au sujet de son revenu et lui a imposé une pénalité—À l'origine, la pénalité a été fixée à 3 345 \$, mais elle a été réduite à 2 821 \$ compte tenu du fait que la défenderesse n'avait pas reçu son courrier et qu'elle ignorait l'existence de l'ancienne pénalité—La Commission était disposée à réduire de nouveau la pénalité de 50 p. 100, soit de 2 821 \$ à 1 410,50 \$—Le juge-arbitre a réduit la pénalité à 750 \$, ce qui constitue la partie de l'ordonnance que le demandeur cherche à faire annuler—La Commission est tenue d'examiner les circonstances particulières de l'intéressé lorsque des circonstances atténuantes sont portées à son attention—Toute pénalité qu'elle impose doit refléter ces circonstances; la Commission peut remplir son obligation en ajustant le pourcentage—La Commission a examiné les circonstances particulières de la défenderesse—Elle n'a pas exercé de façon déraisonnable son pouvoir discrétionnaire d'imposer une pénalité—Le juge-arbitre ne disposait d'aucun motif pour substituer une pénalité moindre à la pénalité initiale—Demande accueillie.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MCLEAN (A-549-99, juge en chef Richard, jugement en date du 6-2-01, 4 p.)

BREVETS

CONTREFAÇON

Appel interjeté d'un jugement de première instance ((1998), 87 C.P.R. (3d) 1) portant que le brevet des intimées est valide et a été contrefait—Il s'agit d'un brevet concernant l'érythropoïétine recombinante fabriquée biologiquement (EPO) qui est semblable par sa structure et sa fonction à la glycoprotéine produite par les reins qui stimule la moelle osseuse à produire les globules rouges—L'art. 27(3) de la Loi sur les brevets exige qu'un brevet décrive l'invention et explique son exploitation—Le défaut de

BREVETS—Suite

respecter la première condition rend le brevet invalide pour cause d'ambiguïté; le défaut de respecter la deuxième condition le rend invalide pour cause d'insuffisance—Appel rejeté—1) Le juge de première instance s'est appuyée sur l'arrêt *AlliedSignal Inc. c. Du Pont Canada Inc.* (1995), 61 C.P.R. (3d) 417 (C.A.F.) pour interpréter le brevet à la date à laquelle il a été délivré plutôt qu'à la date à laquelle une demande de brevet a été présentée—Cet arrêt reposait sur l'arrêt *Burton Parsons Chemicals, Inc. c. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 555—Le juge Lamer a plus tard dit dans l'arrêt *Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623 que la description doit permettre à une personne versée dans l'art ou le domaine de l'invention de la construire à partir des seules instructions contenues dans la divulgation et d'utiliser l'invention, une fois la période de monopole terminée, avec le même succès que l'inventeur, au moment de sa demande—Même s'il n'y avait que cet arrêt, il ne pourrait pas constituer un précédent clair permettant d'affirmer qu'un brevet doit être interprété à la date du dépôt de la demande mais simplement que l'inventeur serait en mesure de le faire à cette date—Le juge Lamer s'est reporté à l'arrêt *Burton Parsons*, mais n'a pas exprimé son désaccord avec l'énoncé du juge Pigeon—Il a invoqué la décision *Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.*, [1947] R.C.É. 306, dans lequel la Cour a statué qu'il était nécessaire de considérer ce que l'expression aurait signifié à la date de la délivrance du brevet pour une personne versée dans l'art—Il est improbable que la C.S.C. ait voulu, dans l'arrêt *Pioneer Hi-Bred*, s'écarter de l'arrêt *Burton Parsons* sur ce point sans indiquer clairement son intention de le faire—2) L'appelante a affirmé que le juge de première instance a commis une erreur en statuant que l'«EPO urinaire humaine» était suffisamment décrite et en rejetant l'argument selon lequel cela ne pouvait pas être le cas parce que l'EPO de chaque personne est différente et aussi parce que les différentes EPO ont une masse moléculaire différente—Le juge de première instance a conclu que l'EPO urinaire humaine à utiliser aux fins de sa comparaison avec l'EPO recombinante devait être extraite de l'EPO urinaire humaine d'un groupe de donneurs plutôt que d'un individu donné—Il était loisible au juge de première instance de conclure qu'il était question, à la revendication 1, de l'EPO urinaire humaine obtenue d'un groupe de donneurs—L'interprétation d'un brevet repose largement sur le témoignage d'une personne versée dans l'art qui a été accepté à l'audience; un brevet devrait être abordé avec «un esprit désireux de comprendre» ainsi qu'avec le souci judiciaire de confirmer une invention vraiment utile—L'appelante soutient en outre que la revendication 1 est invalide parce que les masses moléculaires de l'EPO urinaire humaine et de l'EPO recombinante se situent à l'intérieur de la même fourchette—Le fait qu'il existe une fourchette de masses moléculaires dans le cas de l'EPO n'est pas fatal pour les intimées—La technique SDS-PAGE (technique utilisée pour

BREVETS—Suite

déterminer les masses moléculaires apparentes des protéines), qui exige de comparer deux substances côte à côte, a pour but de déterminer laquelle des deux a la masse moléculaire la plus élevée—Il importe peu que les différentes EPO urinaires humaines puissent avoir des masses moléculaires différentes—3) Le juge de première instance a conclu que l'EPO urinaire humaine était disponible pour les personnes qui en avaient besoin pour la comparer à l'EPO recombinante tant à la date de délivrance du brevet qu'à la date de la présentation de la demande de brevet—La preuve ne permet pas de conclure à une erreur de la part du juge—4) Le juge de première instance s'est appuyé sur les résultats de l'expérience effectuée par les intimées au New Jersey en 1998 pour conclure que le produit de l'appelante avait une masse moléculaire supérieure à celle décrite dans le brevet et, par conséquent, contrevenait au brevet—L'appelante n'a pas relevé d'erreur manifeste et dominante justifiant l'intervention de la C.A.F. relativement à cette conclusion—L'appelante se plaint essentiellement du fait que le juge de première instance a préféré donner foi au témoignage des experts des intimées plutôt qu'à ses propres experts—S'il n'est pas manifestement évident qu'on a interprété la preuve de façon erronée ou qu'on n'en a pas tenu compte, cela ne constitue pas un motif raisonnable justifiant un examen en appel—5) L'appelante demande un jugement déclaratoire portant que l'EPO recombinante, ayant une masse moléculaire égale ou inférieure à celle décrite dans la revendication 1, ne contrefait pas le brevet—La Cour n'est pas en mesure de statuer qu'un produit autre que celui dont il est question en l'espèce, que l'appelante possède maintenant ou possédera ultérieurement, ne contrefait pas la revendication 1 en raison de la simple assertion générale qu'un produit ayant une masse moléculaire égale ou inférieure à celle de l'EPO urinaire humaine ne peut pas contrefaire cette revendication—6) Le juge de première instance était préoccupé par le fait que l'un des témoins experts de l'appelante avait agi d'une manière «loin d'être conforme à l'éthique» lorsqu'il avait photographié les diapositives d'un autre médecin au cours d'une assemblée annuelle des hématologues et publié un article traitant des diapositives sans attribuer celles-ci à leur propriétaire—Les critiques formulées étaient plus sévères que ne l'exigeait la preuve—Il n'est pas contesté qu'en prenant des photographies lors d'une assemblée publique, le témoin a agi conformément aux pratiques reconnues et que le fait qu'il n'ait pas attribué les diapositives à son propriétaire était le résultat de l'insistance du rédacteur en chef du journal qui avait jugé que c'était inutile parce que le propriétaire des diapositives avait exprimé son point de vue lors d'une assemblée publique—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 27(3) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 31).

KIRIN-AMGEN INC. C. HOFFMANN-LA ROCHE LTD.
(A-155-99, juge Stone, J.C.A., jugement en date du
20-12-00, 23 p.)

BREVETS—Suite

PRATIQUE

Demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de supprimer le brevet de Serzone de la liste de brevets—Le brevet a été omis par inadvertance dans la liste de brevets originale (soumise en 1992)—La demanderesse a utilisé l'élément de l'art. C.08.003 du Règlement sur les aliments et drogues qui concerne la modification de la marque nominative pour faire inscrire le brevet—Elle a tout d'abord réussi, le brevet a été inscrit, mais ensuite le ministre, a notifié à la demanderesse que le brevet avait été ajouté par erreur, par suite d'une interprétation incorrecte de la décision *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 271 (C.F. 1^{re} inst.)—Demande rejetée—La décision du ministre était correcte en droit—En autorisant le recours au Règlement sur les aliments et drogues, on permettrait à des compagnies innovatrices de passer outre au délai prescrit à l'art. 4 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) en modifiant les marques nominatives afin de pouvoir inscrire au registre des brevets des brevets qui ne s'y trouvaient pas auparavant et pour lesquels les délais n'ont pas été respectés—Cela serait contraire à l'intention que le législateur a énoncée expressément à l'art. 4(6) du Règlement sur les médicaments brevetés—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 4(6) (édicte par DORS/98-166, art. 3)—Règlement sur les aliments et drogues, art. C.08.003 (mod. par DORS/85-143, art. 2; 93-202, art. 25).

BRISTOL-MYERS SQUIBB CANADA INC. C. CANADA (PROUREUR GÉNÉRAL) (T-1768-00, juge Campbell, ordonnance en date du 19-1-01, 25 p.)

Appels interjetés à l'égard d'ordonnances par lesquelles la Section de première instance a rejeté les demandes de Pfizer Canada Inc. et de Pfizer Corporation en vue d'obtenir des ordonnances d'interdiction en application de l'art. 6(1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Les appelantes voulaient empêcher le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer des avis de conformité (ADC) aux intimées Nu-Pharm et Apotex Inc. à l'égard du médicament fluconazole avant l'expiration des lettres patentes canadiennes numéro 1,181,076 (le brevet de Pfizer)—En juin 1995, les intimées Apotex et Nu-Pharm ont toutes deux délivré, conformément au Règlement, des avis d'allégation dans lesquels elles ont soutenu que les procédés spécifiques qu'elles avaient l'intention d'utiliser pour fabriquer du fluconazole ne donneraient lieu à aucune contrefaçon d'une revendication pertinente du brevet de Pfizer—En réponse aux avis d'allégation, les appelantes ont engagé des demandes d'interdiction devant la Section de première instance le 10 août 1995—Il s'agit de savoir si les appels sont devenus théoriques parce que le ministre a délivré des ADC—La décision que la Cour d'appel fédérale

BREVETS—Fin

a rendue dans l'affaire *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1999), 240 N.R. 195, régit les appels en l'espèce—Le sort des appels dépend de l'interprétation du Règlement—Les demandes d'interdiction fondées sur le Règlement sont bien différentes des procédures en contrefaçon de brevet—Les procédures fondées sur l'art. 6 constituent pour les titulaires de brevet une façon spéciale de protéger leurs brevets des risques de contrefaçon—Les mots «rejetée par le tribunal» de l'art. 7(4) du Règlement signifient «rejetée par la Section de première instance de la Cour fédérale»—Dès que la Section de première instance a rejeté la demande d'interdiction présentée par les appelantes, le ministre a eu le droit de délivrer les ADC à Apotex et à Nu-Pharm à l'égard du fluconazole—La délivrance de ces ADC a mis un terme à toute tentative de poursuivre la demande d'interdiction fondée sur le Règlement—Cette interprétation du Règlement ne crée aucune injustice—L'argument des appelantes selon lequel la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à entendre des appels qui sont par ailleurs devenus théoriques afin de préciser la responsabilité en dommages-intérêts à laquelle elles sont exposées en vertu de l'art. 8 du Règlement est inacceptable—Une décision de la Cour portant que les appels sont théoriques ne signifie pas que les appelantes n'ont pas de recours—Elles peuvent engager des actions en contrefaçon, si elles sont conseillées en ce sens et que les faits justifient ce recours—Les demandes fondées sur l'art. 6 n'ont pas pour effet de trancher les droits du titulaire de brevet—Les appels sont devenus théoriques en raison de la mesure administrative valable que le ministre a prise en application du Règlement—Appels rejetés—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 6, 7 et 8.

PFIZER CANADA INC. C. APOTEX INC. (A-69-98, A-681-98, juge Isaac, J.C.A., jugement en date du 10-1-01, 14 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Processus d'enquête en matière d'immigration

Contrôle judiciaire du refus d'une agente des visas d'accorder un visa d'étudiant, au motif qu'elle n'était pas convaincue que le demandeur n'était pas un immigrant ou qu'il avait les ressources financières suffisantes pour ses études—1) Le demandeur soutient que l'agente des visas a agi de façon non équitable en traitant sa demande sans lui donner d'abord l'occasion de réagir à ses inquiétudes au sujet des lacunes dans les renseignements financiers fournis—Il soutient que le manuel de Citoyenneté et Immigration imposait une obligation à l'agente des visas de lui donner l'occasion de présenter un complément de renseignements—

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Cet argument ne peut être retenu—Le manuel de l'immigration est d'abord une ligne directrice—Le demandeur avait le fardeau de présenter la documentation requise à l'appui de sa demande—Bien que l'agente des visas aurait pu demander une information additionnelle, elle n'était pas obligée de le faire—2) Le demandeur soutient que l'agente des visas a commis une erreur de droit en concluant que la crédibilité des renseignements financiers était mise en cause du fait que la demande faisait partie d'un groupe d'autres demandes d'autorisations d'études—Le défendeur soutient que le renvoi à un groupe de demandes semblables était un facteur pertinent, qui fait partie de «l'ensemble des circonstances»—Le renvoi à «l'ensemble des circonstances», dans *Wong (Tutrice à l'instance de) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 246 N.R. 377 (C.A.F.), se rapporte aux circonstances d'un demandeur donné et non à un groupe général de demandeurs dont on ne sait rien—L'agente des visas a tenu compte de considérations non pertinentes dans le cadre de sa décision—Erreur de droit—Demande accueillie.

YE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2693-00, juge Heneghan, ordonnance en date du 19-1-01, 8 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande de contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre selon laquelle les demandeurs, qui sont des revendicateurs du statut de réfugié à l'endroit desquels des mesures d'interdiction de séjour conditionnelle ont été prises, sont légalement détenus en vertu de l'art. 103(6) de la Loi, au motif qu'ils se déroberont vraisemblablement à un renvoi possible du Canada à la suite du processus de reconnaissance du statut de réfugié actuellement en cours—Demande rejetée—L'arbitre n'a pas commis d'erreur de droit—Une personne frappée d'une mesure d'interdiction de séjour conditionnelle ou exécutoire peut être détenue pour cause de renvoi du Canada—Il est bien établi que le ministre peut garder une personne frappée d'une mesure de renvoi conditionnel pour s'assurer qu'elle se présente pour un renvoi éventuel—Application de la décision *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214 (1^{re} inst.) dans laquelle le juge de première instance a énuméré six facteurs à prendre en considération pour décider si la détention est justifiée: les motifs de la détention; la durée de la détention; le délai probable de la détention; si le demandeur ou le défendeur a occasionné un retard; s'il existe d'autres solutions à la détention; et le droit de la personne sous garde à la liberté garanti par la Charte—Le législateur fédéral devait souhaiter, par l'adoption de l'art. 103, permettre au ministre d'être en mesure de régir la viabilité et l'intégrité du processus de reconnaissance du statut de réfugié via des mesures de détention si les critères prévus par l'art. 103 sont satisfaits, sans égard au statut d'immigration conféré à un revendicateur du statut de réfugié au moment où il a présenté sa revendication—Loi

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 103 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 27; L.C. 1992, ch. 49, art. 94; 1995, ch. 15, art. 19).

LAI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6224-00, juge Campbell, ordonnance en date du 18-12-00, 17 p.)

Il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision publiée à (1997), 142 F.T.R. 161, par laquelle la Section de première instance a accueilli une requête visant à radier la déclaration de l'appelant—La question soulevée est celle de savoir si l'art. 7 de la Charte impose aux ministres intimés l'obligation de financer le coût des services de préparation d'un avocat avant une enquête en matière d'immigration, lorsque la complexité de l'affaire exige plus de temps de préparation que celui qui est financé en vertu d'un régime d'aide juridique provincial—L'appelant est un citoyen de l'Éthiopie qui a obtenu le statut de réfugié au Canada—L'appelant aurait commis des crimes de guerre à l'étranger, de sorte qu'il serait un membre d'une catégorie inadmissible en vertu de l'art. 19(1j) de la Loi sur l'immigration—L'appelant a été arrêté et détenu pendant l'enquête—L'avocat de celui-ci a obtenu un certificat d'aide juridique en vertu du Régime d'aide juridique de l'Ontario pour un nombre d'heures illimité afin d'assister à l'enquête ainsi que pour une période de 16 heures de préparation—La demande de fonds supplémentaires présentée au ministre a été refusée—Le juge des requêtes a fait droit à une requête visant à radier la déclaration de l'appelant—Le juge des requêtes a eu raison de conclure que l'art. 7 n'obligeait pas le ministre à verser des deniers publics pour payer le coût du temps supplémentaire dont l'avocat avait besoin afin de se préparer de façon satisfaisante à l'enquête en matière d'immigration—Toute obligation constitutionnelle de fournir des fonds liés aux services juridiques est normalement une obligation à la charge de la province concernée—Il n'y a pas lieu d'imposer au gouvernement fédéral une obligation constitutionnelle supplémentaire en matière d'aide juridique lorsque des fonds sont déjà versés en vertu d'un régime provincial bénéficiant d'une contribution fédérale, en partie parce que certaines instances civiles pour lesquelles des fonds sont demandés sont engagées sous le régime d'une loi fédérale—L'art. 7 de la Charte ne garantit pas le droit aux services d'un avocat fournis par l'État dans les circonstances de la présente affaire—La réponse à la question certifiée est négative—Appel rejeté—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 3; L.C. 1992, ch. 47, art. 77; *idem*, ch. 49, art. 11, 122c), d); 1995, ch. 15, art. 2; 1996, ch. 19, art. 83; 2000, ch. 24, art. 55)—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^o 44], art. 7.

A.B. C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-888-97, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 8-1-01, 7 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

STATUT AU CANADA

Résidents permanents

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de l'agent d'immigration excluant le demandeur à titre de personne à charge de la demande de résidence permanente au Canada de son père, au motif que le demandeur n'était pas un «fils à charge» selon la définition de l'art. 2(1) du Règlement sur l'immigration de 1978—L'agent d'immigration a conclu que depuis que le demandeur a atteint l'âge de 19 ans, il n'a pas «été inscrit» à une université, un collège ou un autre établissement d'enseignement et n'y a pas «suivi sans interruption» à temps plein des cours de formation générale, théorique ou professionnelle—Décision fondée sur le fait que, malgré sa présence physique et continue à titre d'étudiant à temps plein, le demandeur a échoué ses examens—La définition de «fils à charge» aux termes de l'art. 2(1) fait-elle appel à une évaluation qualitative du rendement d'un étudiant pour déterminer s'il «a suivi» des cours à un établissement d'enseignement?—Le sens ordinaire de l'art. 2(1) ne comporte pas un élément qualitatif—Une loi doit être interprétée d'une façon compatible avec le sens ordinaire des termes qui la composent—L'interprétation ne devrait pas ajouter des termes à la loi—Si le Parlement avait l'intention de donner à l'agent d'immigration le pouvoir d'évaluer, pour un étudiant qui suit des cours, la qualité de sa fréquentation aux termes de l'art. 2(1) du Règlement, il l'aurait prévu expressément—La demande est accueillie—Une question est certifiée—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) «fils à charge» (mod. par DORS/92-101, art. 1).

SANDHU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-192-00, juge Dubé, ordonnance en date du 23-1-01, 6 p.)

Contrôle judiciaire du refus de la demande de résidence permanente—Dans la demande, la profession envisagée était celle d'ingénieur en logiciel—Le demandeur était titulaire d'un baccalauréat en commerce et de deux maîtrises en administration des affaires—L'agent des visas avait conclu que le demandeur n'avait pas les qualités minimales énoncées dans la CNP sous l'appellation «ingénieur en logiciel», étant donné que selon l'une des conditions d'accès à cette profession, il faut un baccalauréat en génie informatique, électrique ou électronique, ou en génie physique, en informatique, en physique ou en mathématiques—L'agent des visas avait également apprécié le demandeur à titre de nouveau travailleur, mais à l'heure actuelle, le facteur professionnel relatif à cette profession est nul—L'agent des visas n'avait pas attribué de points d'appréciation au demandeur à l'égard du facteur professionnel et il n'avait pas effectué d'entrevue—Le demandeur a soutenu que l'agent des visas aurait dû l'apprécier à l'égard des autres professions inhérentes à son expérience professionnelle, à

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

savoir celles de programmeur et d'analyste de systèmes informatiques, à l'égard desquelles il alléguait avoir les compétences nécessaires—Demande accueillie—Le demandeur s'est fondé sur la décision *Li c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 9 Imm. L.R. (2d) 263 (C.F. 1^{re} inst.)—La décision *Li* étaye la thèse selon laquelle l'agent des visas est tenu d'apprécier les autres professions dont témoigne l'expérience professionnelle du demandeur si celui-ci en fait la demande—Distinction faite à l'égard de la décision *Li*—Il est bien établi par la Cour que l'agent des visas n'est pas tenu d'apprécier le demandeur à l'égard de professions de rechange à moins que ce dernier ne les mentionne—Le demandeur n'a pas demandé à être apprécié à l'égard de professions semblables à celle d'ingénieur en logiciel—Toutefois, l'agent des visas ne s'est pas contenté d'apprécier le demandeur à l'égard de la profession mentionnée—Les circonstances particulières de l'affaire obligeaient du moins l'agent des visas à tenir compte de professions similaires—Selon la CNP, les ingénieurs en logiciel font partie des ingénieurs informaticiens—Selon la CNP, «les ingénieurs informaticiens travaillent en étroite collaboration avec des programmeurs, des analystes de systèmes, des ingénieurs électriciens et électroniciens et autres ingénieurs et scientifiques—La mobilité est possible entre ces champs de spécialisation»—Toute description de travail renferme une section intitulée «Appellations à ne pas confondre» précisant les limites de l'appellation en désignant d'autres appellations à ne pas confondre—Certaines appellations individuelles sont mentionnées dans la section intitulée «Appellations à ne pas confondre» lorsque les fonctions y afférentes sont semblables à celles de l'appellation en cause—Dans la section intitulée «Appellations à ne pas confondre» concernant les «ingénieurs en logiciel», les professions de programmeur et d'analyste de systèmes informatiques sont mentionnées—Compte tenu des études faites par le demandeur ainsi que de son expérience professionnelle passée, il ne serait que juste d'apprécier le demandeur à l'égard de l'une de ces professions similaires, d'autant plus lorsque la décision a été prise sans que le demandeur soit entendu au cours d'une entrevue—Le choix de la profession de nouveau travailleur que l'agent des visas a fait est si déraisonnable qu'il ne peut pas être validé.

MOKSUD C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-525-00, juge Rouleau, ordonnance en date du 24-1-01, 8 p.)

Études requises—Appel contre une décision de la Section de première instance ((1998), 44 Imm. L.R. (2d) 215) qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle un agent des visas a refusé de délivrer un visa au motif que l'appelant n'avait pas obtenu le nombre de points d'appréciation requis—L'agent des visas a refusé d'accorder à l'appelant les trois points supplémentaires qu'on accorde aux détenteurs d'un diplôme d'études universitaires supérieures vu qu'il avait obtenu son premier diplôme au terme

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

d'études qui avaient duré moins de trois ans—Le juge des requêtes a certifié la question de savoir si le facteur 1(1)e) de l'annexe I du Règlement sur l'immigration de 1978 prévoit que 16 points d'appréciation soient accordés au demandeur qui possède un diplôme d'études universitaires de deuxième ou troisième cycle, même si le demandeur n'a pas produit de preuve établissant qu'il est détenteur d'un diplôme universitaire de premier cycle qu'il a obtenu au terme d'au moins trois années d'études à temps plein—Appel accueilli, réponse affirmative à la question—Le juge Evans, J.C.A. (le juge Stone, J.C.A., souscrivant à ses motifs): L'agent des visas a commis une erreur de droit—Tout compte fait, il convient, compte tenu des considérations textuelles, d'interpréter le facteur 1(1)d) et e) de façon distincte—La Cour souscrit de façon générale aux motifs de *Khan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1720 (C.F. 1^{re} inst.) (QL), qui vont dans ce sens—Du point de vue de la politique en matière de sélection des demandeurs de visa indépendants (capacité de s'établir au Canada sur le plan économique), la personne qui détient un diplôme de premier cycle n'est pas nécessairement désavantagée sur le marché du travail pour la seule raison qu'elle avait obtenu son diplôme de premier cycle au terme d'études à temps plein de moins de trois ans, ou l'équivalent—En interprétant une disposition législative dans le contexte d'une situation que le législateur n'a apparemment pas prévue, la Cour peut également à bon droit tenir compte des conséquences pratiques des interprétations possibles—Dans la mesure où d'autres considérations le permettent, les tribunaux doivent favoriser une interprétation des dispositions législatives d'un régime réglementaire qui soit compatible avec le maintien d'un équilibre convenable entre la règle et le pouvoir discrétionnaire à l'égard de la mise en application de la loi, ce qui rend ainsi plus redevable la personne qui exerce le pouvoir discrétionnaire nécessaire afin de traiter de situations inhabituelles—Le juge Isaac, J.C.A.: Il est préférable d'accueillir l'appel et de répondre de façon affirmative à la question sur le seul fondement des motifs de *Khan*—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, annexe I, facteur 1(1)d), e).

HAMEED C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-503-98, juges Evans, Isaac, J.C.A., jugement en date du 8-1-01, 13 p.)

CONCURRENCE

Appel d'une ordonnance par laquelle le Tribunal de la concurrence a accueilli la requête des défenderesses visant à obtenir une ordonnance portant confirmation que l'ordonnance provisoire par consentement (l'ordonnance de tenir les éléments d'actif séparés) n'est plus en vigueur depuis le 30 août 2000, date du rejet de la demande de l'appelant sous le régime de l'art. 92 de la Loi sur la concurrence—L'ordonnance de tenir les éléments d'actif séparés a été rendue en vertu de l'art. 104 de la Loi—Le juge Nadon a donné de

CONCURRENCE—Fin

brefs motifs à l'appui de sa conclusion que l'ordonnance de tenir les éléments d'actif séparés avait expiré le 30 août 2000—À titre préliminaire, la Cour doit déterminer la norme à utiliser pour l'examen de la décision et de l'ordonnance du juge Nadon—La norme appropriée est le bien-fondé de la décision, puisque la question de savoir si l'ordonnance de tenir les éléments d'actif séparés a expiré le 30 août 2000 ou a continué, ou si le Tribunal pourrait permettre qu'elle continue après cette date est tributaire de l'interprétation de l'art. 104—Sous le régime de l'art. 104, la compétence pour rendre une ordonnance est fonction «d'une demande d'ordonnance faite en application de la présente partie»—Une demande faite sous le régime de l'art. 92 s'inscrit clairement dans le cadre d'une telle formulation—L'art. 104 n'est pas censé permettre la prorogation de l'ordonnance de tenir les éléments d'actif séparés au-delà du 30 août 2000, date de l'ordonnance rendue sous le régime de l'art. 92—Les termes de l'art. 104(1) ne vont pas jusqu'à inclure une volonté d'habiliter le Tribunal à maintenir en vigueur l'ordonnance de tenir les éléments d'actif séparés au-delà du prononcé de l'ordonnance rendue sous le régime de l'art. 92 et jusqu'à ce que notre Cour rende sa décision définitive sur cette ordonnance portée en appel—Appel rejeté—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 92 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 37(z.7)), 104 (mod., *idem*, art. 37(z.12)).

CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE) C. SUPERIOR PROPANE INC. (A-539-00, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 11-1-01, 8 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LES DOUANES**

Demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de procéder à la révision, sur le fondement de l'art. 61e) de la Loi sur les douanes, du classement tarifaire des turboréacteurs importés au Canada par la demanderesse en 1997—Le 15 janvier 1999, Donald Barker, en sa qualité d'«agent des services à la clientèle» a délivré deux Relevés détaillés de réajustement (RDR) censés porter révision du classement tarifaire (i) pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 1997 et (ii) pour la période du 1^{er} janvier 1998 au 15 janvier 1999—Donald Barker occupait le poste d'«applicateur du tarif et des valeurs» et sa désignation comme «agent des services à la clientèle» servait simplement à indiquer où il était possible de le rejoindre—Demande accueillie—L'art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale empêche le contrôle judiciaire d'une décision ou ordonnance d'un office fédéral dans la mesure où il existe déjà des droits d'appel prévus par la Loi—La demanderesse a, conformément à l'art. 63 de la Loi, demandé au sous-ministre de réexaminer la révision du classement tarifaire—L'art. 63 prévoit le réexamen du bien-fondé d'une décision prise aux termes de l'art. 61e),

DOUANES ET ACCISE—Suite

mais pas celui du pouvoir du décideur—La demanderesse se limite à remettre en question le pouvoir de la personne qui a rendu la décision—Cette question peut régulièrement faire l'objet d'un contrôle judiciaire—La norme de contrôle applicable est celle de la «décision correcte»—Le pouvoir de l'agent désigné de procéder à la révision des classements tarifaires aux termes de l'art. 61 découle de l'art. 59 qui permet à un agent désigné par le ministre de procéder à la révision du classement tarifaire aux termes des art. 60 et 61—Le 31 décembre 1997, le ministre a désigné des agents de vérification de l'observation pour les besoins de l'art. 61—L'art. 164(1*a*) prévoit que le gouverneur en conseil peut, par règlement, autoriser un agent désigné à exercer les pouvoirs et fonctions conférés au ministre—L'art. 164(1*a*) de la Loi a été abrogé et remplacé par le paragraphe 2(4) de la Loi sur les douanes qui permet au ministre d'autoriser un fonctionnaire à exercer les pouvoirs et fonctions qui lui sont conférés—Les modifications apportées à la Loi avaient pour objet d'habiliter le ministre à déléguer les pouvoirs et fonctions qui lui sont expressément conférés, plutôt que d'avoir à procéder par règlement—Ces modifications ont reçu la sanction royale le 18 juin 1998—Le document du 31 décembre 1997 désignait les agents de vérification de l'observation afin d'agir pour le compte du ministre aux termes de la Loi et de la Loi modifiée—Même si le ministre pouvait, conformément à l'art. 59 de la Loi, désigner des agents pour les besoins de l'art. 61, il ne pouvait déléguer les pouvoirs et fonctions qui lui avaient été expressément conférés en vertu de la Loi—Cette délégation pouvait seulement être faite par le gouverneur en conseil aux termes de l'art. 164(1*a*)—Ce document ministériel précède de six mois l'entrée en vigueur de l'art. 262 de la Loi modifiant l'impôt sur le revenu, qui a introduit l'art. 2(4) de la Loi sur les douanes—À l'exception de l'art. 61*e*), chacune des dispositions de la Loi qui est mentionnée dans le document du 31 décembre 1997 et qui est incluse dans l'annexe I, autorise précisément le ministre à désigner des agents pour les fins prévues—L'art. 61 permet la révision d'un classement tarifaire dans les 90 jours du dédouanement des marchandises importées ou, dans certaines circonstances, dans un délai de deux ans après le dédouanement—Bien que l'art. 61*b*), *c*) et *e*) prévoient, dans chaque alinéa, des révisions effectuées dans un délai de deux ans, seul l'art. 61*e*) contient en plus les mots «lorsque le ministre l'estime souhaitable»—Les règlements pris conformément à l'art. 164(1*a*) habilite certains agents et catégories d'agents à exercer les pouvoirs et à exécuter les fonctions que la Loi confère au ministre du Revenu national—Plus particulièrement, des agents ou des catégories d'agents sont expressément désignés pour les besoins de l'art. 61*e*)—Les agents de vérification de l'observation ne figurent pas dans ces règlements—La mention expresse du ministre à l'art. 61*e*) exige que, soit le ministre, soit un agent désigné par le gouverneur en conseil par règlement comme le prévoit l'art. 164(1*a*), procède à la révision d'un classement tarifaire aux

DOUANES ET ACCISE—Fin

termes de cet alinéa—Donald Barker n'était pas habilité à délivrer le premier RDR le 15 janvier 1999—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.5 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Loi sur les douanes, L.R.C. 1985 (2^e suppl.), ch. 1, art. 2(4) (mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 262), 59, 61*e*) (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 92), 63 (mod., *idem*, art. 94) 164(1*a*) (abrogé par L.C. 1998, ch. 19, art. 264).

ROLLS WOOD GROUP (REPAIRS & OVERHAULS) LTD. C.
M.R.N. (T-941-99, juge Hansen, ordonnance en date du 11-1-01, 16 p.)

DROIT ADMINISTRATIF

CONTRÔLE JUDICIAIRE

Pratique

Dans une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission du droit d'auteur, les demandresses (soit plusieurs des intimées) sollicitent une ordonnance radiant les dossiers déposés par les intimées Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement (CRIA) et Association canadienne des distributeurs de films (CMPDA) (dossiers qui appuyaient la position adoptée par la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN))—Les demandresses soutiennent qu'une fois que la CRIA et la CMPDA eurent déposé l'avis de comparution prévu à l'art. 305 des Règles, elles ne pouvaient plus déposer un dossier qui contredisait la position prise dans l'avis—Requête accueillie—La règle 305 exige qu'un intimé qui entend s'opposer à la demande dépose un dossier—Toutefois, la CRIA et la CMPDA ne s'«opposent» pas à la demande—Elles présentent d'autres arguments pour qu'on accueille la demande de la SOCAN, pour d'autres motifs—De plus, ces arguments n'ayant pas été soulevés devant la Commission, on ne peut les présenter dans le cadre d'une demande en vertu de l'art. 28: *Toussaint c. Canada (Conseil des relations du travail)* (1993), 106 N.R. 396 (C.A.F.)—Par conséquent, les dossiers déposés par la CRIA et la CMPDA ne l'ont pas été à bon droit et ils doivent être radiés, sans préjudice à leur droit de demander l'autorisation d'intervenir, en vertu de l'art. 109 des Règles, dans la demande présentée par la SOCAN en vertu de l'art. 28—Règles de la Cour fédérale de 1998, DORS/98-106, règles 109, 305—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985) ch. F-7, art. 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8; art. 8; 1992, ch. 26, art. 17; ch. 33, art. 69; ch. 49, art. 128; 1993, ch. 34, art. 70; 1996, ch. 10, art. 229; ch. 23, art. 187; 1998, ch. 26, art. 73; 1999, ch. 31, art. 92).

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE C. ASSOC. CANADIENNE DES FOURNISSEURS INTERNET (A-764-99, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 5-2-01, 8 p.)

DROIT MARITIME

PRATIQUE

Appel du rejet par le juge des requêtes ([1999] A.C.F. n° 2107) de l'appel formé à l'encontre du rejet par le protonotaire d'une requête en suspension de la procédure ([1999] A.C.F. n° 1984)—Litige découlant d'un contrat de transport de marchandises par mer—Dans le connaissance signé en son nom en sa qualité de transporteur, l'appelante s'était engagée à transporter deux caisses de marchandises d'Anvers (Belgique) à Seattle dans l'État de Washington (États-Unis) (connaissance de port à port)—L'appelante a transporté les marchandises par mer d'Anvers à Montréal et les a expédiées, de là, par rail jusqu'à Richmond, en Colombie-Britannique, où on a constaté que la cargaison avait été endommagée—Les marchandises ont ensuite été expédiées à Seattle—Les intimées affirmaient que le changement unilatéral dans le mode de transport constituait une violation d'une clause essentielle du contrat et leur donnait droit à des dommages-intérêts—Le moyen invoqué à l'appui de la requête en suspension de la procédure portait que, selon le connaissance, tout différend découlant du connaissance devait être tranché par les tribunaux d'Anvers—En rejetant l'appel, le juge des requêtes a conclu que le protonotaire n'avait pas commis d'erreur en examinant la question de la violation d'une clause essentielle du contrat pour apprécier les faits dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire—Le critère applicable aux décisions d'un protonotaire consiste à se demander s'il a manifestement mal exercé son pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire, s'il a fondé sa décision sur un mauvais principe de droit ou sur une appréciation erronée des faits, ou si sa décision porte sur une question ayant une influence déterminante sur l'issue du principal—Le critère applicable pour contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge est de savoir si le juge de première instance a accordé suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes: *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394—Le juge des requêtes a examiné les longs motifs du protonotaire et, comme lui, il a conclu que l'arrêt *Eleftheria, The*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.) ne s'appliquait pas—Il a examiné les autres questions que le protonotaire avait étudiées et conclu que sa décision devait être confirmée—Appel rejeté—Les jurisprudences anglo-américaine et anglo-canadienne établissent que le différend doit être tranché par les tribunaux du ressort dont les parties ont convenu—L'appelante a soutenu que, depuis l'affaire *The Eleftheria*, aucune cause de jurisprudence anglo-canadienne ni anglo-américaine n'avait statué autrement—Toutefois, l'arrêt *Jian Sheng Co. c. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 C.F. 418 (C.A.) a statué que le protonotaire a le droit de refuser une suspension dans un cas où l'appelante n'a pas présenté une preuve suffisante pour établir qu'un tribunal étranger a compétence—L'arrêt *The Eleftheria* a été prononcé en 1969—En 1975, l'arrêt *American Cyanamid Co. c. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.) a établi un

DROIT MARITIME—Suite

critère comportant trois étapes pour trancher une demande d'injonction interlocutoire—Dans l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, le juge Beetz a écrit que la suspension d'instance et l'injonction interlocutoire sont des redressements de même nature et que les tribunaux ont eu tendance à appliquer à la suspension interlocutoire d'instance les principes qu'ils suivent dans le cas d'injonctions interlocutoires—Depuis le prononcé de la décision *American Cyanamid* en 1975, le critère qu'il convient d'appliquer en matière de suspension est celui qui comporte trois étapes et qui est utilisé pour trancher les demandes d'injonctions interlocutoires—Le juge des requêtes a tenu compte de toutes les considérations pertinentes—La Cour n'avait aucun motif de modifier son ordonnance rejetant l'appel.

Z.I. POMPEY INDUSTRIES C. *CANMAR FORTUNE* (LE)
(A-29-00, juge Isaac, jugement en date du 25-1-01,
9 p.)

RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

Action en dommages-intérêts suite à un abordage entre deux navires—Le 11 décembre 1984, deux grands vraquiers océaniques, le *M/V Beograd* et le *M/V Federal Danube*, se sont abordés dans le mouillage de Pointe Fortier, dans le lac Saint-Louis, à l'ouest de Montréal et à proximité de l'écluse en aval de Beauharnois, qui fait partie de la voie maritime du Saint-Laurent—À 21 h 40, le *Federal Danube*, qui était à l'ancre dans 50 pieds d'eau au mouillage de Pointe Fortier, au sud du chenal de navigation, en attendant son tour pour écluser, a commencé à remonter son ancre de bâbord, qui était par le fond à un angle de 90 degrés par rapport à l'axe du navire—Le *Beograd*, qui transportait une cargaison de haricots Pinto à destination du Brésil, est sorti de l'écluse et a croisé un navire au mur d'amarrage qui attendait d'entrer—À 21 h 45, le cap du *Beograd* a été porté à 63 degrés—À 21 h 48, la poupe bâbord du *Federal Danube* est entrée en collision avec le flanc bâbord du *Beograd*, à la hauteur des cales numéros 6 et 7—Deux questions sont soulevées dans le nouveau procès de cette action: la qualité de la demanderesse pour intenter la poursuite; et 2) la responsabilité pour l'abordage—La demanderesse peut intenter l'action en son propre nom—L'action porte sur la négligence, tant en common law portant sur les questions maritimes qu'en droit statuaire, dont les principes pour les questions maritimes sont tirés de la Loi sur la marine marchande du Canada et du Règlement sur les abordages y afférent—Un navire faisant route doit rester à bonne distance d'un navire correctement mouillé—La seule défense disponible en cas d'abordage est qu'aucune habileté ou précaution n'aurait permis de l'éviter—La preuve d'une infraction aux règles édictées par le Règlement sur les abordages ne constitue pas une présomption de faute, à moins que la demanderesse puisse établir un lien de cause

DROIT MARITIME—Fin

à effet entre l'infraction à la règle et l'abordage—Il n'y a pas lieu d'examiner le risque d'abordage au microscope—Y a-t-il eu des fautes dans la manœuvre des deux navires qui auraient contribué à l'abordage?—La manœuvre du *Beograd* lorsqu'il a abordé le *Federal Danube* durant la nuit du 11 décembre 1984 était négligente—Il n'avait rien à faire à proximité du *Federal Danube*—Les bons usages maritimes exigeaient que le *Beograd* emprunte le chenal réservé à cette fin, plutôt que de passer à travers de la zone de mouillage sud de Pointe Fortier, en l'absence de circonstances exceptionnelles comme une obstruction confirmée du chenal—Avant que le *Beograd* emprunte un parcours hors du chenal de navigation, les bons usages maritimes exigeaient qu'il vérifie au radar et auprès du contrôleur du trafic sur la voie maritime à Beauharnois (BOH) si le chenal était effectivement obstrué et jusqu'à quel point—La vitesse du *Beograd*, d'à peu près 9 nœuds au moment de l'abordage, n'était pas la vitesse de sécurité exigée par l'art. 6 du Règlement sur les abordages—Le *Beograd* a enfreint l'art. 16 du Règlement sur les abordages, qui l'obligeait à s'écarter d'un vaisseau à l'ancre et, autant que possible, à manœuvrer de bonne heure et franchement de manière à «s'écarter largement»—Les actions du *Federal Danube* engagent-elles sa responsabilité—Le défaut de faire rapport de sa position au mouillage ne donne naissance à aucune responsabilité, puisqu'il n'a pas contribué à l'abordage—En supposant que le *Federal Danube* était tenu d'obtenir la permission de BOH pour commencer à lever l'ancre, il a reçu cette permission et les responsables du *Beograd* savaient, ou auraient dû savoir, que le *Federal Danube* procédait à cette manœuvre—Le *Federal Danube* ne poursuivait pas son voyage en se rendant au mur d'amarrage de l'écluse tout juste avant ou au moment de l'abordage—Au moment de l'abordage, le *Federal Danube* n'avait pas modifié son statut de navire à l'ancre pour devenir un navire faisant route—La demanderesse n'a pas démontré que le *Federal Danube* faisait route aux fins du Règlement sur les abordages—Le fait que le propulseur d'étrave du *Federal Danube* n'ait pas été en état de marche n'a pas contribué à l'abordage, car il n'aurait pas empêché qu'il prenne des mesures efficaces d'évitement en utilisant sa machine ou sa tuyère Kort, s'il avait été prévenu à temps—Les défendeurs n'ont pas mal évalué le risque d'abordage, non plus qu'ils n'auraient rien fait pour l'éviter—La cause principale de l'abordage réside dans le fait que le *Beograd* a mal calculé la distance requise pour passer sans encombre devant le *Federal Danube*—Aucune faute n'est imputable au *Federal Danube* pour avoir manœuvré de façon limitée à l'instant critique—Le *Beograd* porte l'entière responsabilité de l'abordage—L'action de la demanderesse est rejetée—Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9—Règlement sur les abordages, C.R.C., ch. 1416, règles 6, 16.

PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS C. FEDERAL DANUBE (LE) (T-2057-85, juge Lemieux, jugement en date du 31-1-01, 68 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la CCDP rejetant la plainte de la demanderesse portant sur le harcèlement, les comportements discriminatoires et l'abus d'autorité, aux motifs que les parties avaient convenu d'un mémoire d'entente et que la Commission n'était pas compétente du fait que la plainte n'était pas fondée sur un motif de distinction prohibé—Demande accueillie—Bien que les commissions des droits de la personne ont droit à une retenue judiciaire importante pour leurs conclusions de fait (la décision raisonnable): *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, en cas d'erreurs de droit ou de compétence, la norme de contrôle est celle de la décision correcte: *Singh c. Canada (Statistique Canada)*, [2000] A.C.F. n° 417 (1^{re} inst.)—En arrivant à la conclusion que l'entente était un élément pertinent, la Commission a écarté la jurisprudence qui déclare que la législation portant sur les droits de la personne est d'ordre public et qu'on ne peut y renoncer par contrat—Les tribunaux sont allés jusqu'à dire que les personnes privées n'ont pas compétence pour renoncer par contrat à de telles dispositions—On peut aussi soutenir que l'entente n'ayant pas été respectée par le défendeur, elle n'a aucune place en preuve—En rejetant la réclamation au vu de l'entente, la CCDP a en fait nié toute possibilité que la demanderesse avait de continuer à réclamer réparation pour sa plainte par les canaux habituels—Dans une situation comme celle-ci, une fois que la Commission a rejeté une plainte il n'existe aucun autre recours—En déclarant que l'entente était valable et pouvait être exécutée, la Commission a donné une réponse erronée à la question qui lui était posée et elle a traité d'une question de droit qui excède sa compétence—De plus, comme il n'y a rien dans la lettre de rejet de la Commission qui indiquerait que d'autres preuves ont été examinées ou prises en compte dans le processus décisionnel, la documentation nous indique qu'une fois l'entente notée, le reste de la preuve n'a pas été examiné à fond au vu de toutes les circonstances—Un tel défaut d'exercer son mandat constitue une erreur qui ouvre droit au contrôle—Il ne peut y avoir de considérations plus inappropriées ou étrangères que celles portant sur une entente qui n'aurait pas dû exister, et qui ne peut pas exister en droit.

GEE C. M.R.N. (T-910-99, juge Muldoon, ordonnance en date du 17-1-01, 17 p.)

FONCTION PUBLIQUE**RELATIONS DU TRAVAIL**

Demande d'un bref de *mandamus* obligeant les défendeurs à procéder à une reclassification du poste des demandeurs, en tant que membres du Bureau d'opposition des marques de commerce, de PM-06 à LA-02—La question: le délégué de l'administrateur général a-t-il effectivement pris une décision quant à savoir si les postes des demandeurs devaient être reclassifiés dans le groupe LA—Si c'est le cas,

FONCTION PUBLIQUE—Fin

la Cour pourrait délivrer un bref de *mandamus* obligeant le délégué à rendre cette décision officielle—Les demandeurs ont déposé un grief en vertu de l'art. 91 de la LRTP—Le Comité des griefs a recommandé à l'unanimité que les postes soient reclassifiés LA, mais ils se sont fondés sur un bulletin de politique périmé pour recommander aussi que la question soit renvoyée au ministère de la Justice pour consultation—Le délégué a suivi cette recommandation et a renvoyé la question au ministère de la Justice—Le ministère de la Justice a recommandé le rejet de la classification proposée et le délégué a informé les demandeurs en conséquence—Demande rejetée—En fait, le Comité des griefs est arrivé à deux conclusions: que les postes devaient être reclassifiés, et, à tort, qu'on ne pouvait procéder avant d'avoir consulté le ministère de la Justice—Lorsque le délégué a approuvé la recommandation, son approbation portait sur les deux recommandations—Le délégué était d'avis qu'aucune décision ne pouvait être prise avant consultation avec le ministère de la Justice—Le délégué s'est trompé en appliquant un bulletin de politique périmé, mais on ne peut pas ignorer cette erreur—Comme le délégué n'a pas pris de décision à ce moment-là, il n'est pas devenu *functus*—Il a approuvé la recommandation de transmettre la question au ministère de la Justice pour consultation—Les demandeurs n'ont pas démontré l'existence des motifs nécessaires à la délivrance d'un bref de *mandamus*—En vertu de la Procédure de règlement des griefs de classification, le délégué peut accepter ou rejeter la recommandation du Comité des griefs—Toutefois, si le délégué rejette la recommandation, la nouvelle décision doit être approuvée par l'administrateur général en personne—Les demandeurs n'ont pas démontré qu'ils ont un droit d'obtenir que la décision qu'ils demandent soit rendue et ce, de la façon demandée et par la personne en cause—Le délégué n'a pris aucune décision au sujet de la recommandation du Comité des griefs et il n'a donc pas exercé son pouvoir discrétionnaire—Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 91.

HERZIG C. CANADA (MINISTÈRE DE L'INDUSTRIE)
(T-1-00, juge McKeown, ordonnance en date du 7-2-01,
10 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**SAISIES**

Appel de la décision de la CCI ordonnant au MRN de diminuer les cotisations de l'intimé pour 1991, 1992 et 1993—Ordonnance visant la réparation prévue à l'art. 24 de la Charte pour une violation du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, garanti par l'art. 8 de la Charte—Revenu Canada a pris le dossier de travail du comptable sans autorisation—Le juge de la CCI a conclu que ceci constituait une fouille, perquisition ou

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

saisie abusive qui violait l'art. 8 de la Charte et, en plus d'exclure les notes en tant qu'élément de preuve, il a ordonné que les nouvelles cotisations devaient inclure les revenus non déclarés, ainsi que les intérêts et pénalités appropriés, l'excédent des cotisations pour ces trois années étant annulées—Appel accueilli en partie—Le juge de la CCI a eu raison de constater une violation des droits garantis par la Charte—Attentes quant au respect de la vie privée face aux notes d'un comptable contenant des renseignements confidentiels—Les notes ont été saisies secrètement, sans autorisation—La preuve démontre que les notes n'ont pas servi à justifier les nouvelles cotisations—Le préjudice causé en l'instance par la violation des droits garantis par la Charte est minime—La réparation aussi doit être minime—Une ordonnance interdisant l'utilisation des notes en preuve s'impose en l'instance, même si elle pourrait n'avoir en pratique que peu d'effet—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. 8, 24.

CANADA C. NORWOOD (A-220-00, juge Sharlow, J.C.A.,
jugement en date du 12-1-01, 9 p.)

LANGUES OFFICIELLES

Demande en vertu de l'art. 77 de la Loi sur les langues officielles (LLO) au sujet de la plainte du demandeur auprès du Commissariat aux langues officielles (CLO), contestant le profil linguistique CCC ainsi que la dotation impérative d'un poste d'AS-02 au Collège militaire royal, auquel il ne pouvait être nommé parce que son profil linguistique était EBB—Le CLO a conclu que les critères linguistiques du poste étaient justifiés—Le demandeur sollicite une ordonnance annulant la décision, fixant le profil linguistique à bilingue CCB, écartant la dotation impérative, prévoyant la dotation non impérative et lui octroyant des dommages-intérêts ou une compensation—Le demandeur soutient que les exigences linguistiques, bilingue CCC à dotation impérative, ne s'imposent pas objectivement pour l'exercice des fonctions en cause—Le demandeur soutient aussi que la Loi n'est qu'un paravent qui cache le vrai motif pour ne pas l'avoir nommé au poste, ce qui constitue un usage abusif de la Loi—Demande rejetée—Il y a peu de jurisprudence portant sur les demandes fondées sur l'art. 91—Pour modifier les exigences linguistiques du poste, la Cour doit conclure que la preuve n'étayait pas la désignation, qu'elle était déraisonnable, ou que les exigences linguistiques ont été posées de façon capricieuse ou arbitraire—Si les faits justifient la désignation, la Cour ne doit pas intervenir—Il ressort aussi clairement que la Cour ne peut se pencher sur l'aspect objectif des exigences et la façon par laquelle on a décidé de les imposer—La seule question pertinente consiste à savoir si les exigences linguistiques du poste

LANGUES OFFICIELLES—Fin

telles que définies s'imposaient objectivement—Plus spécifiquement, il est tout à fait raisonnable qu'on exige un profil de niveau C pour l'interaction orale afin de réaliser les tâches—L'exigence d'une dotation impérative n'est ni capricieuse, ni arbitraire—Il n'est pas déraisonnable de définir le poste comme un point de contact important pour servir le public et les employés, y compris les étudiants francophones—Contrairement à la conclusion du juge Heneghan dans *Rogers c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)*, [2001] A.C.F. n° 99 (C.F. 1^{re} inst.), la Cour n'est pas liée par la conclusion du CLO qu'il y a eu un manquement à la Loi—C'est à la Cour de décider au vu de la preuve s'il y a eu un manquement à la Loi—Au vu de la preuve en l'instance, la Cour se range à la conclusion du CLO que les exigences linguistiques du poste étaient justifiées—On n'a pas documenté à toutes les étapes le fondement de la décision d'imposer une dotation impérative, comme le prévoit un document du Conseil du Trésor, mais ce n'est qu'une omission administrative—Par conséquent, les exigences relatives aux langues officielles s'imposaient objectivement pour l'exercice des fonctions du poste à doter et elles respectent l'art. 91 de la Loi—Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 77, 91.

ROGERS C. CANADA (MINISTÈRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (T-2712-95, juge Nadon, ordonnance en date du 16-2-01, 25 p.)

MARQUES DE COMMERCE**ENREGISTREMENT**

Postes Canada s'oppose à l'enregistrement de la marque «Video Mail» en liaison avec des «services de télécommunications» au motif qu'elle créerait de la confusion avec certaines de ses marques de commerce, notamment les marques Faxmail, Lasermail et Admail, dont quelques-unes se rapportent aux télécommunications—La Commission d'opposition a conclu que le consommateur moyen associerait plus probablement la marque proposée avec des services généraux comme la messagerie vocale, le courrier électronique—Elle a conclu que l'opposante n'avait pas démontré, comme il le lui incombait, que l'emploi de la marque aurait probablement pour effet d'amener les consommateurs à présumer que le fournisseur des services en question était Postes Canada—En appel, Postes Canada a soumis de nouveaux éléments de preuve, dont un sondage sur la réaction des consommateurs à la marque proposée—Six cents consommateurs choisis au hasard dans des centres commerciaux de Vancouver, Toronto, Montréal et Halifax ont participé au sondage—L'échantillonnage était aléatoire au sens où les consommateurs interrogés se trouvaient dans le centre commercial cette journée-là et ont consenti à participer au sondage—Des critères relatifs au sexe et à l'âge ont été appliqués à ceux qui consentaient à participer

MARQUES DE COMMERCE—Suite

pour que l'échantillon soit représentatif de la population—La demanderesse soutient que l'identité du fournisseur des services commercialisés sous le nom Video Mail portait à confusion pour 9 % des participants exposés à ce nom—Appel accueilli—La notion de «consommateur moyen» suppose une majorité de consommateurs, c.-à-d. qu'il y aurait méprise chez le consommateur moyen si une majorité de consommateurs se méprenaient—Or, la Loi n'exige pas qu'une majorité de consommateurs se méprennent pour que la conclusion de confusion soit fondée—Il suffit que la confusion frappe ou risque de frapper un nombre substantiel de consommateurs, soit un nombre plus que suffisant pour satisfaire à toute règle de *minimis*, mais moins que la majorité—Dans la mesure où la Commission d'opposition a employé les mots «consommateur moyen» en voulant dire une majorité, elle a commis une erreur—Les critères applicables à l'utilisation en preuve de sondages en matière de marques de commerce ont été passés en revue dans la décision *Walt Disney Productions v. Triple Five Corp.* (1994), 53 C.P.R. (3d) 129 (C.A. Alb.)—Ils comprennent des critères structurels visant à s'assurer que les résultats du sondage soient globalement représentatifs de la population générale et qu'ils ne soient pas faussés par des questions non pertinentes—L'échantillonnage a été assez large et assez aléatoire pour que l'échantillon soit globalement représentatif du grand public—Les questions étaient factuelles et les réponses ont été notées sans être qualifiées par l'intervieweur—La preuve par sondage satisfait aux critères structurels—Le sondage déposé en preuve, indiquant que 9 % des consommateurs croyaient qu'un produit appelé Video Mail serait offert par Postes Canada, démontre l'existence d'une confusion réelle chez un nombre substantiel de consommateurs, qu'une autre réponse ait ou non été donnée par une proportion plus élevée de l'échantillon—Mais la preuve de confusion réelle n'est pas déterminante puisque selon l'art. 6 de la Loi, il faut prendre en considération toutes les circonstances de l'espèce—La décision du registraire est généralement bien fondée relativement aux autres circonstances à examiner, sauf pour ce qui touche au degré de ressemblance entre les marques—Le registraire a conclu, à cet égard, que les marques de la défenderesse ne suggéraient pas le genre de services offerts par la demanderesse mais plutôt des services comme la messagerie vocale ou le courrier électronique—Cette conclusion est erronée car le sondage démontre qu'un nombre significatif de personnes pensaient que les marques de la défenderesse suggéraient des services postaux—Le registraire a commis une erreur en enregistrant telle quelle la marque de commerce de la défenderesse, laquelle crée de la confusion avec les marques déposées de la demanderesse—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6.

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES C. PAXTON DEVELOPMENTS INC. (T-614-99, juge Pelletier, ordonnance en date du 8-12-00, 14 p.)

MARQUES DE COMMERCE—Suite

Appel d'une décision par laquelle la Commission des oppositions des marques de commerce a refusé d'enregistrer la marque de commerce «Eliminex» que la demanderesse se proposait d'employer en liaison avec des préparations anti-parasitaires à usage vétérinaire au motif que cette marque créait de la confusion avec la marque de commerce «Eliminator» que la défenderesse se proposait d'utiliser en liaison avec des «étiquettes d'oreille insecticides»—La Commission a conclu que la marque «Elimin-Odor» déjà enregistrée employée en liaison avec «un produit à usage vétérinaire, à savoir un désodorisant» n'était pas pertinente parce qu'elle ne constituait pas une «préparation médicale», mais un désodorisant à usage domestique—La Commission a conclu que les marchandises étaient semblables, étant donné qu'elles étaient toutes les deux des préparations médicales à usage vétérinaire—Appel accueilli—1) La Commission s'est-elle fondée sur des éléments de preuve non pertinents pour conclure que les marchandises des parties étaient similaires, étant donné qu'il s'agissait dans les deux cas de «préparations médicales», n'accordant en conséquence aucune importance à la marque déjà enregistrée «Elimin-Odor»?—Les parasites peuvent être externes ou internes—On peut s'occuper des parasites externes en utilisant des répulsifs ou des insecticides, qui ne sont pas normalement considérés comme des «préparations médicales»—Il n'y a aucun élément de preuve qui appuie la conclusion de la Commission que les marchandises des parties sont des «préparations médicales»—Il était raisonnablement loisible à la Commission de conclure qu'un produit désodorisant ne constitue pas une «préparation médicale» même s'il est à usage vétérinaire—La Commission n'a pas commis d'erreur en concluant que l'enregistrement de «Elimin-Odor» n'était pas pertinent—2) La Commission a-t-elle commis une erreur en accordant une importance excessive au préfixe commun «Elimin-», qui est couramment employé dans les marques employées par des tiers dans le même domaine et qui est un préfixe intrinsèquement faible qui évoque une idée d'élimination?—La Commission a conclu que les marques présentaient une ressemblance visuelle et phonétique assez forte en raison de leur préfixe commun «Elimin-»—Le degré de ressemblance est encore plus grand, étant donné que les marques évoquent toutes les deux l'idée d'éliminer quelque chose—L'emploi du préfixe «Elimin-» évoque l'idée d'élimination, mais rien ne permet de conclure qu'à l'époque en cause ce préfixe était reconnu ou associé aux marchandises de la défenderesse—La Commission a signalé l'enregistrement antérieur de la marque «Elimix»—La force du caractère distinctif du suffixe «-ex» est important—Dans le cas de la marque de la demanderesse, l'ajout du suffixe «-ex» crée un mot inventé alors que l'ajout du suffixe «-ator» à la marque de la défenderesse crée un mot que l'on trouve dans le vocabulaire courant—L'impact du suffixe «-ex» par opposition au suffixe «-ator» lorsqu'on examine les deux marques dans leur totalité est significatif—L'impact du suffixe est plus important lorsque le préfixe commun est faible et n'a pas de caractère distinctif—En concluant que les deux marques créent de la confusion en raison de leur préfixe commun

MARQUES DE COMMERCE—Suite

«Elimin-» et de sa connotation d'élimination, la Commission n'a pas tenu compte des deux marques dans leur totalité—À l'époque en cause, la marque de commerce de la demanderesse n'amenait pas un acheteur à inférer que les marchandises de la demanderesse provenaient de la même source que celles de la défenderesse—Appel accueilli.

MERIAL LLC c. NOVARTIS ANIMAL HEALTH CANADA INC. (T-1260-99, juge Hansen, ordonnance en date du 31-1-01, 12 p.)

PRATIQUE

Dans une action en contrefaçon de brevet et de marque de commerce, les demanderesse cherchent à obtenir une injonction interlocutoire interdisant à la défenderesse d'employer la marque de commerce «One Touch» et de contrefaire le brevet—LifeScan É.-U. est titulaire du brevet sur une invention désignée «épreuve de dosage sur bandelette de la glycémie dans le sang entier»—LifeScan Canada est titulaire d'une licence sur le brevet—LifeScan Canada est également titulaire de la marque de commerce «One Touch» de Johnson & Johnson—Novopharm vend au Canada des bandelettes de test de glycémie, appelées bandelettes de test «Novo Glucose» qui ne peuvent être utilisées qu'avec le lecteur One Touch—Elles sont vendues dans une boîte sur laquelle sont illustrés les trois lecteurs «One Touch», qui contient un dépliant fournissant le mode d'emploi des bandelettes de test «Novo Glucose», dont le titre comporte les mots «pour utilisation avec tous les glycomètres "One Touch"» et dont les indications sont remplies de mentions des glycomètres et bandelettes de test «One Touch»—Santé Canada se demandait si les bandelettes Novo Glucose répondaient aux exigences en matière de sûreté et d'efficacité du Règlement sur les instruments médicaux—Novopharm a volontairement interrompu la vente de ses bandelettes jusqu'à l'approbation des changements projetés à son emballage et à son dépliant et jusqu'à une réponse positive de Santé Canada sur la question de la sûreté—Demande rejetée—La question de savoir si les bandelettes de test que Novopharm achète de l'autre société sont visées par la licence de LifeScan É.-U./DSI n'étant ni futile ni vexatoire, il y a donc une question sérieuse à trancher—Application de *Centre Ice Ltd. c. Ligue nationale de hockey* (1994), 53 C.P.R. (3d) 34 (C.A.F.); *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.* (1996), 69 C.P.R. (3d) 455 (C.A.F.) et *Cutter Ltd. c. Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd.* (1980), 47 C.P.R. (2d) 53 (C.A.F.) au sujet du préjudice irréparable—LifeScan n'a pas satisfait au critère du préjudice irréparable parce qu'elle n'a pas établi clairement qu'elle subirait un préjudice—La preuve eu égard à la confusion n'est pas convaincante—La preuve de LifeScan relative à la perte du capital marque et de la réputation n'est pas convaincante—De toute façon, le préjudice allégué par LifeScan est par sa nature calculable et peut être indemnisé par des dommages-intérêts—S'agissant de la prépondérance

MARQUES DE COMMERCE—Fin

des inconvénients, l'octroi de l'injonction serait plus préjudiciable à Novopharm que le refus ne le serait à LifeScan—En outre, LifeScan a tardé indûment à présenter sa demande d'injonction interlocutoire—Règlement sur les instruments médicaux, C.R.C., ch. 871.

LIFESCAN, INC. C. NOVOPHARM LTD. (T-780-00, juge Lemieux, ordonnance en date du 10-11-00, 50 p.)

PÉNITENCIERS

Contrôle judiciaire de la décision de la présidente indépendante du tribunal disciplinaire de l'établissement de Bath qui a conclu que le demandeur était coupable d'avoir omis ou refusé de fournir un échantillon d'urine sur demande, infraction prévue à l'art. 40f) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition—Le demandeur a été incapable de fournir un échantillon d'urine, même si on lui a accordé une prorogation du délai prévu de deux heures—En concluant que le demandeur était coupable, la présidente indépendante a dit qu'il avait soulevé un doute raisonnable, mais que la norme imposée aux présidents de formations en matière disciplinaire était plus exigeante; l'excuse fournie doit être accompagnée d'une certaine justification médicale ou encore d'une autre documentation—Demande accueillie—La norme de preuve qu'il convient d'appliquer est celle de la décision manifestement déraisonnable—Le fardeau de preuve incombe au procureur de la poursuite dans les auditions en matière disciplinaire—Il incombe à l'accusé lorsque le défendeur a établi que l'infraction a été commise et le demandeur invoque une excuse légitime—La présidente a commis une erreur lorsqu'elle a exigé une preuve médicale et/ou de la documentation—Le demandeur avait le droit de produire de la preuve au sujet d'une excuse légitime; la présidente aurait dû apprécier cette preuve et déterminer s'il s'agissait bel et bien d'une excuse légitime—Le demandeur n'est pas tenu de produire de la preuve médicale ou d'autre preuve documentaire, mais il peut avoir intérêt à le faire—La loi n'exige pas un type de preuve particulier—L'art. 43(3) de la Loi prévoit que la personne chargée de l'audition ne peut prononcer la culpabilité que si elle est convaincue hors de tout doute raisonnable, sur la foi de la preuve présentée, que le détenu a bien commis l'infraction reprochée—Il n'est pas nécessaire de renvoyer la présente affaire pour qu'on l'entende de nouveau, car la présidente avait déjà décidé qu'il y avait doute raisonnable—Une conclusion ultérieure que le demandeur était coupable constituait une grave injustice—Il s'agit de l'un des rares cas où l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire en matière de discipline carcérale est justifié—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 40f), 43(3).

DURIE C. CANADA (PROCEUR GÉNÉRAL) (T-322-00, juge McKeown, ordonnance en date du 5-2-01, 4 p.)

PENSIONS

Contrôle judiciaire du rejet par le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) de l'appel interjeté par le demandeur contre la décision du comité d'examen rejetant l'appel de la décision par laquelle le ministère des Anciens combattants avait refusé d'accorder une pension d'invalidité—Au mois de janvier 1990, le demandeur avait éprouvé des douleurs intenses à la poitrine—Il avait fait l'objet d'un diagnostic de sarcoïdose et avait été traité en conséquence—Les douleurs se sont atténuées et le demandeur a cessé de prendre ses médicaments—À la fin du mois d'août 1990, la douleur s'est de nouveau manifestée et le médicament visant à traiter la sarcoïdose a de nouveau été prescrit—Cependant, le demandeur a continué à ressentir des douleurs, qui augmentaient en intensité et étaient de nature changeante—Au mois de mai 1991, les douleurs ressenties par le demandeur étaient intenses—Les examens ont révélé deux fractures de vertèbres et une tumeur à la moelle épinière—Le 29 mai, la tumeur a été enlevée, les vertèbres ont été fusionnées et des tiges de métal ont été insérées dans la colonne vertébrale du demandeur—L'ablation de la tumeur a finalement réussi à atténuer la douleur—En 1992, le demandeur a présenté une demande de pension d'invalidité en invoquant le mauvais traitement médical de son affection, plus précisément le diagnostic de cancer fait tardivement qui avait entraîné une intervention chirurgicale et une invalidité graves—Le demandeur a soumis à l'appui les avis médicaux des docteurs Hurley et Jaeger, selon lesquels on avait tardé à diagnostiquer le cancer, ce qui avait peut-être contribué à la gravité de l'intervention chirurgicale et de l'invalidité en résultant—Le Tribunal s'est fondé sur la déclaration du docteur Clark selon laquelle rien ne montrait qu'il y ait eu mauvais traitement médical dans le diagnostic et le traitement; il a déclaré qu'il n'y avait aucun avis médical contredisant la chose—La norme de contrôle est celle de la décision manifestement déraisonnable, c'est-à-dire que la Cour peut uniquement intervenir si une erreur de droit a été commise ou si le tribunal s'est fondé sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire, ou sans tenir compte des éléments dont il disposait—L'art. 39 de la Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) exige que le Tribunal tire les conclusions les plus favorables possible au demandeur, qu'il accepte tout élément de preuve non contredit qui lui semble vraisemblable, qu'il tranche toute incertitude en faveur du demandeur—En faisant une extrapolation au sujet de la déclaration selon laquelle le docteur Jaeger ne savait pas pourquoi on avait tardé à diagnostiquer le cancer de façon à conclure que l'avis était de nature conjecturale, le Tribunal a interprété la preuve d'une façon erronée—Le docteur Jaeger avait expressément dit que le fait que l'on avait mis l'accent sur le diagnostic antérieur pourrait expliquer pourquoi il s'était écoulé dix mois entre le moment où le demandeur s'était plaint de douleurs et le moment où il avait finalement été renvoyé à un expert des sarcoïdes, qui avait immédiatement découvert la cause des douleurs—Les docteurs Hurley et

PENSIONS—Fin

Jaeger ont tous les deux dit que la maladie du demandeur en était probablement à un stade clinique, observable depuis six à douze mois avant d'être décelée—Le Tribunal n'a pas remis en question la crédibilité ou la légitimité des avis médicaux, mais il a conclu qu'ils étaient de nature conjecturale—Le Tribunal aurait pu tirer sa conclusion uniquement en omettant de tenir compte de la preuve présentée par les docteurs Hurley et Jaeger, en interprétant la preuve d'une façon erronée ou en se trompant au sujet de l'effet de l'art. 39 compte tenu de l'existence d'éléments de preuve vraisemblables et dignes de foi—Le Tribunal a également commis une erreur de droit en omettant de déplacer la charge de la preuve après que le demandeur eut produit des éléments de preuve au sujet du mauvais traitement médical—Compte tenu du mandat légal selon lequel le Tribunal doit trancher en faveur du demandeur toute incertitude, comme le prévoient les art. 3 et 39, la décision est infirmée—Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel), L.C. 1995, ch. 18, art. 3, 39.

SCHOTT C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-2138-99, juge Hansen, ordonnance en date du
25-1-01, 12 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES**ÉLECTIONS**

Requête visant à obtenir un bref de *certiorari* annulant la décision des conseillers intimés de suspendre le requérant de son poste de chef de la Première Nation de Grand Rapids, la décision de l'agent d'élection de tenir un référendum et les résultats du référendum, et un bref de *mandamus* exigeant la réintégration du chef et un jugement déclarant le requérant chef—Le requérant a été élu chef en juin 1999—Le 20 mars 2000, une pétition a été soumise à l'agent d'élection de la bande: elle renfermait le nom de 51,7 % des membres de la bande ayant le droit de voter et demandait la tenue d'un référendum en vue de destituer le requérant—Les conseillers intimés ont donné suite à la pétition et ont suspendu le requérant de ses fonctions—Le 30 mars 2000, l'agent d'élection a informé le requérant de la tenue d'un référendum en vertu des art. 910*d*) et 1510 de la politique électorale de la bande—Un référendum a eu lieu six jours plus tard: 157 personnes se sont prononcées en faveur de la destitution du requérant et 153 ont voté pour qu'il demeure en fonction—Questions préliminaires: 1) Le conseil d'une bande indienne constitue un office fédéral au sens de l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale (*Sparvier c. Bande indienne de Cowessess*), [1993] 3 C.F. 142 (1^{re} inst.)—Par analogie, l'agent d'élection nommé par un conseil de bande conformément à la constitution de la bande constitue également un office fédéral (*Parisier c. Première Nation d'Ocean Man*, (1996), 108 F.T.R. 297 (C.F. 1^{re} inst.)—Les décisions d'un agent d'élection peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire, même si l'élection a été tenue conformément aux

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

coutumes de la bande indienne et non en conformité avec la Loi sur les Indiens—Il est possible que le nom de plusieurs signataires de la pétition ait été inscrit deux fois—Si l'on retranche les noms suspects, le nombre de signataires était insuffisant pour permettre à l'agent d'élection d'agir—Suivant le jugement *Bande indienne de Sucker Creek c. Calliou* (1999), 171 F.T.R. 275 (C.F. 1^{re} inst.), la Cour a examiné la demande au fond malgré le fait que la pétition était entachée d'irrégularités—Questions en litige: 1) Interprétation de l'art. 1510—Sous la rubrique «second dépouillement», l'art. 1510 prévoit que, sur réception d'une pétition signée par au moins 51 % des personnes qui avaient le droit de voter lors du premier scrutin en vue d'obtenir la tenue d'un second scrutin, l'agent d'élection peut prendre les mesures nécessaires en vue de la tenue d'un scrutin—L'art. 1510 s'applique uniquement aux nouveaux dépouillements de scrutin—La Cour a signalé des cas dans lesquels la politique électorale n'a de sens que si l'on recourt aux intertitres—Bien que l'art. 11 de la Loi d'interprétation du Manitoba déclare que les intertitres renfermés dans le corps du texte de la loi ne font pas partie du texte de la loi, la politique électorale de la bande ne semble pas avoir été rédigée à la lumière de cette loi—Dans son ouvrage *Statutory Interpretation* (Concord (Ontario), Irwin Law, 1997), Ruth Sullivan souligne que les tribunaux canadiens ont adopté un seul principe général suivant lequel on considère que tous les éléments du texte de loi font partie du contexte de la loi et qu'on peut en tenir compte pour interpréter le texte—2) Allégations d'agissements répréhensibles dans la pétition—La politique électorale de la bande permet la destitution du chef lorsqu'un vote a eu lieu conformément à l'art. 910 et qu'il a été déclaré que la personne qui occupe ce poste a fait preuve d'une grave malhonnêteté—Suivant la pétition, le requérant aurait détourné des fonds de la bande et aurait menti aux membres de la bande au sujet de ce vol—a) Équité procédurale—Une décision administrative qui touche les droits, privilèges ou biens d'une personne suffit pour entraîner l'application de l'obligation d'équité—Application des facteurs énumérés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au motif qu'ils sont utiles pour déterminer le contenu de l'obligation d'agir avec équité—(i) Nature de la décision recherchée et processus suivi pour y parvenir—L'agent d'élection n'est pas tenu de consulter autrui avant de prendre une décision et il est tenu d'agir dans les limites de la politique—En décidant d'accepter la pétition et d'ordonner la tenue d'un référendum, l'agent d'élection agissait en une qualité analogue à celle d'un officier de justice et il a appliqué une série de faits à la politique électorale, ce qui justifie une plus grande protection procédurale en faveur du requérant—(ii) Nature du régime législatif—Comme la politique ne prévoit en l'espèce aucun droit d'appel des décisions de l'agent d'élection, une plus grande protection procédurale devrait être accordée au requérant—(iii) Importance de la décision pour la personne

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

visée—Une norme de justice élevée est exigée lorsque le droit de conserver son emploi ou de continuer à occuper une charge élective est en jeu—Cette norme impose une obligation d'équité élevée—(iv) Le principe des attentes légitimes ne s'applique pas en l'espèce parce que le requérant ne s'attendait pas à ce que l'agent d'élections suive une procédure déterminée—(v) Choix de la procédure—Comme c'est la politique électorale qui impose la procédure à suivre, l'agent d'élections ne disposait pas d'une marge de manœuvre au sujet du choix de la procédure à suivre—Degré élevé d'équité procédurale exigé—Conclusion: le décideur était assujéti à une obligation d'agir avec équité envers le requérant—b) Contenu de l'obligation d'agir avec équité—Les exigences fondamentales des principes de justice naturelle comprennent l'impartialité du tribunal, la nécessité d'un avis et la possibilité de faire valoir son point de vue—(i) Le requérant a reçu trois lettres: la première était censée le suspendre de son poste avec traitement et les deux lettres suivantes provenaient de l'agent d'élection et l'informaient de la tenue prochaine d'un référendum—Les lettres ont été reçues après coup—Le requérant n'a pas reçu de préavis—(ii) Le requérant n'a pas eu la possibilité de faire valoir son point de vue—(iii) Application du critère de la crainte raisonnable de partialité énoncé dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369: à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique—Le défaut presque complet de lui accorder la possibilité de répondre aux allégations contenues dans la pétition constitue une lacune importante, parce que la pétition était incendiaire, voire même diffamatoire—La pétition n'avait recueilli l'appui que de 0,7 % d'électeurs de plus que le pourcentage minimal requis pour pouvoir tenir un référendum—On a fait circuler la pétition pendant sept mois avant de la soumettre à l'agent d'élection—Le référendum a eu lieu une semaine plus tard—Il est injuste de s'attendre à ce que le requérant monte une campagne raisonnable pour rebâtir sa réputation en une semaine alors que ces détracteurs ont eu plus de six mois pour la détruire—L'agent d'élection était manifestement d'avis que le requérant était malhonnête—Une personne raisonnable n'ayant pas d'idées préconçues aurait perçu que l'agent d'élection avait un parti pris contre le requérant—Ce parti pris a pu influencer sa décision d'accepter la pétition et de tenir le vote avec autant d'empressement—3) Etendue des pouvoirs de l'agent d'élection—Examen des facteurs régissant la norme de contrôle applicable énoncés dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982—La politique électorale ne renferme pas de clause privative, l'agent d'élection est désigné au cours d'une assemblée publique et ne possède pas d'expertise particulière, la politique électorale ne s'inspire pas de l'application de principes juridiques non limitatifs et la décision de l'agent d'élection implique une interprétation de la politique électorale qui s'apparente

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

à une décision sur une question de droit—Les décisions de l'agent d'élection justifient seulement un degré peu élevé de retenue et la norme de contrôle appropriée est celle du bien-fondé de la décision—L'agent d'élection a eu tort d'accepter une pétition qu'il savait entachée d'irrégularités—Le fait que la politique électorale ne prévoit aucun motif permettant de rejeter une pétition ne l'excusait pas de refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'une manière juste et raisonnable pour rejeter une pétition qu'il savait entachée d'irrégularités—4) La Cour souscrit au jugement *Sparvier* dans lequel la Cour a déclaré que les membres des bandes indiennes sont des personnes qui ont droit à ce que les tribunaux suivent une procédure équitable dans les instances qui les concernent—Ils ont droit à l'égalité au même titre que tous les autres êtres humains du Canada en ce qui concerne leurs droits civils et constitutionnels—Distinction faite avec le jugement *Crow c. Bande indienne de Blood* (1996), 107 F.T.R. 270 (C.F. 1^{re} inst.)—Le requérant n'a pas accepté les résultats du référendum—Il n'y a pas eu de large consensus en faveur de la destitution du requérant—Examen de décisions illustrant les réparations que la Cour peut accorder dans des affaires portant sur la contestation d'élections au sein de bandes indiennes—Il ressort de la jurisprudence que la Cour peut élaborer une réparation adaptée aux circonstances de l'espèce—La pétition est annulée au motif qu'elle n'est pas conforme à la politique électorale et que l'équité procédurale à laquelle le requérant avait droit n'a pas été respectée—Annulation de la décision par laquelle le conseil a destitué le requérant de son poste de chef au motif que cette décision reposait sur une pétition entachée d'irrégularités—Annulation des résultats du référendum qui a par la suite eu lieu au motif qu'il reposait sur une pétition entachée d'irrégularités—Annulation de la décision par laquelle l'agent d'élection a déclaré le requérant inéligible lors de tout scrutin ultérieur—Le requérant est déclaré chef de la bande—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1)—Loi d'interprétation, C.P.L.M., ch. 1-80, art. 11—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5.

BALLANTYNE C. PREMIÈRE NATION DE GRAND RAPIDS
(T-679-00, juge Muldoon, ordonnance en date du
22-11-00, 31 p.)

Requête en injonction interlocutoire visant à exempter la bande de la Première nation de Pasqua n° 79 de l'application des art. 74(4) et 75 de la Loi sur les Indiens et d'empêcher par conséquent la bande de présenter des candidats ou de tenir des élections de façon conforme à ces dispositions de la Loi sur les Indiens—Action en contestation de la validité constitutionnelle des art. 74(4) et 75 de la Loi sur les Indiens, au motif que ceux-ci portent atteinte à l'art. 15 de la Charte en ce qu'ils obligent les personnes qui souhaitent présenter leur candidature à titre de conseiller de bande à «résider[r] ordinairement sur la réserve»—La demanderesse,

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

qui fait partie de la bande, ne réside pas dans la réserve, ne peut par conséquent exercer la charge de conseillère de bande—Avant mai 1999, conformément à l'art. 77 de la Loi sur les Indiens, les membres de la bande qui ne «résid[ai]ent ordinairement» pas dans la réserve n'avaient pas qualité pour voter ou pour prendre part au processus électoral—Depuis mai 1999, l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, accorde aux membres hors réserve des bandes indiennes le droit de vote, invalidant de ce fait l'art. 77 pour cause d'inconstitutionnalité, mais la déclaration d'invalidité a été suspendue pour une période de 18 mois afin de permettre au gouvernement fédéral de corriger la situation—Pour mettre en œuvre les principes dégagés par cet arrêt, le Ministère a amorcé de vastes consultations avec les Premières nations (i) relativement à la modification du Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens et (ii) pour promouvoir davantage la participation des membres non résidents des bandes à la gouverne de celles-ci et à leurs autres mécanismes démocratiques—Le Ministère est en train de travailler sur d'autres modifications importantes aux procédures électorales, démarche qui fera intervenir la question de la candidature des membres non résidents des bandes—Le processus de consultation doit être terminé avant que les modifications puissent être apportées—Celui-ci ne sera pas terminé avant la date prévue pour l'élection—De plus, les membres de la bande travaillent à l'élaboration d'un code électoral fondé sur la coutume—Une fois que le code sera finalisé et ratifié, on demandera au ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire de délivrer une ordonnance afin de suspendre l'application, à l'égard de la bande, du mécanisme électoral prévu dans la Loi sur les Indiens—Une telle ordonnance habilitera la bande à contrôler désormais son propre processus électoral—On ne pourra finaliser et ratifier le code à temps avant l'expiration du mandat du chef actuel—La validité constitutionnelle des art. 74(4) et 75 de la Loi sur les Indiens est trop importante pour faire l'objet d'une procédure interlocutoire—La mesure de redressement sollicitée aura des incidences à l'égard des deux cent soixante Premières nations au Canada qui sont visées par les art. 74(4) et 75—La décision relative à cette question ne peut être prise dans le cadre d'une procédure interlocutoire—L'arrêt *Corbiere* ne tranche que la question du droit de tous les membres de la bande de voter lors de l'élection du conseil de bande aux termes de l'art. 77—La question de la validité constitutionnelle des art. 74(4) et 75, de même que la contrainte relative à la résidence pour les fins de la mise en candidature, constitue une question distincte et nouvelle qui n'a été tranchée par aucune cour—Si on faisait droit à la mesure de redressement sollicitée par la demanderesse, celle-ci obtiendrait réparation immédiatement après le dépôt de sa déclaration et avant que n'ait lieu la communication des documents entre les parties, et avant l'interrogatoire préalable et l'instruction de l'affaire—Un tel scénario, dans le cadre

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

d'une requête interlocutoire, irait considérablement plus loin que ce que permet l'arrêt *Corbiere*, et ce au terme d'une instruction complète et du dépôt de deux appels—Application du triple critère dégagé par l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 312—La demanderesse n'a pas démontré qu'elle subira un préjudice irréparable si elle n'obtient pas la mesure de redressement qu'elle sollicite—Tout au plus, la demanderesse ne sera pas autorisée à poser sa candidature et ne sera pas en mesure de voter en faveur d'un membre non résident lors des élections—La prépondérance des inconvénients ne favorise pas non plus que la Cour rende une décision sommaire à l'égard de cette question—Il est dans l'intérêt du public de permettre en l'espèce que les processus de consultation déjà entamés se poursuivent, libres de toute intervention judiciaire—Si la Cour faisait droit à la demande de redressement, la décision interlocutoire qu'elle rendrait aurait des incidences à l'égard de toutes les bandes dont le processus électoral est déjà amorcé—Cela créera de la confusion quant à savoir les procédures qu'il convient de suivre—Si on accordait une exemption, celle-ci constituerait un précédent incontournable et ferait en sorte qu'il sera très difficile pour les tribunaux de ne pas accorder de mesure de redressement interlocutoire analogue—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 74(4), 75, 77 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 14)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie 1 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^o 44], art. 15.

GORDON C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (T-2388-00, juge Pinard, ordonnance en date du 2-2-01, 12 p.)

PRATIQUE

Appel de l'ordonnance par laquelle le protonotaire Aronovitch a rejeté la requête du défendeur visant à transformer en action la demande de contrôle judiciaire des demandeurs en vertu de l'art. 18.4 de la *Loi sur la Cour fédérale*—Les demandeurs sont membres de quatre bandes indiennes faisant partie de la Nation autochtone Sto:lo et représentent les Autochtones vivant à Chilliwack (Colombie-Britannique) et dans les environs—Ils ont institué une demande de contrôle judiciaire contestant la validité du décret C.P. 2000-925, qui autorise le ministre de la Défense à céder la propriété de soixante-deux hectares de terres à la Société immobilière du Canada—Le défendeur a présenté une requête visant à transformer la demande de contrôle judiciaire en action au motif que la demande et la preuve à l'appui soulevaient la question de la preuve des droits ancestraux et du titre autochtone relativement aux terres en question—Requête rejetée par le protonotaire Aronovitch—Appel accueilli—La jurisprudence a clairement établi que

PRATIQUE—Suite

les affaires nécessitant la preuve de droits ancestraux ou d'un titre autochtone devaient être résolues par voie d'action—La demande de contrôle judiciaire des demandeurs soulève la question de la preuve des droits ancestraux et celle de la preuve du titre autochtone, qui ne peuvent être tranchées qu'au moyen d'un procès—La demande doit être transformée en action—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.4 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

BANDE INDIENNE DE SOOWAHLIE C. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) (T-1258-00, juge Rouleau, ordonnance en date du 29-1-01, 7 p.)

ACTES DE PROCÉDURE

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente des visas a conclu que le demandeur ne satisfaisait pas aux conditions fixées pour immigrer au Canada—Le demandeur avait demandé que ses qualifications soient examinées relativement à deux professions, mais la lettre faisant état de la décision et les notes SITCI (hormis une très brève allusion en introduction) ne mentionnaient qu'une profession—Demande rejetée—1) L'agente des visas pouvait raisonnablement conclure que l'expérience de travail et les études du demandeur n'équivalaient pas au niveau de scolarité «habituellement exigé»—2) Le défaut d'évaluer le demandeur relativement à la deuxième profession indiquée n'avait pas été soulevé dans la demande de contrôle judiciaire ni dans l'affidavit à l'appui du demandeur—Arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455 (C.A.) appliqué—La Cour ne traitera que des motifs de contrôle invoqués par le demandeur dans l'avis de requête introductif d'instance et l'affidavit à l'appui—Si le demandeur pouvait invoquer de nouveaux motifs de contrôle dans son mémoire, le défendeur subirait vraisemblablement un préjudice du fait qu'il n'aurait eu pas la possibilité de répondre à ce nouveau motif dans son affidavit ou d'envisager de produire un affidavit traitant de la nouvelle question.

ARORA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5901-99, juge Gibson, ordonnance en date du 10-1-01, 5 p.)

AFFIDAVITS

Appel d'une ordonnance par laquelle la Section de première instance [[2000] A.C.F. n° 879 (QL)] a rejeté l'appel d'une ordonnance par laquelle un protonotaire avait rejeté une requête en radiation du paragraphe 9 d'un affidavit souscrit au nom de l'intimée au motif qu'il n'était pas fondé sur une connaissance personnelle—La règle 81 exige que, sauf dans le cas des requêtes, les affidavits se limitent aux faits dont le déclarant a une connaissance personnelle—La règle fait écho au principe général interdisant le oui-dire—À leur face même, les faits relatés au

PRATIQUE—Suite

paragraphe 9 ne sont pas des faits dont le déclarant avait une connaissance de première main—Même si le paragraphe 9 ne visait qu'à prouver que des déclarations ont été faites, il constituerait quand même du oui-dire, compte tenu des circonstances de l'espèce, étant donné qu'il n'a pas été clairement démontré que le déclarant avait personnellement reçu les appels téléphoniques—Il s'agit de toute évidence d'une tentative visant à démontrer la confusion créée dans l'esprit des clients qui ont appelé—Cette preuve constitue manifestement du oui-dire—En tant que règle de pratique et de procédure, la règle 81(1) illustre le principe général interdisant le oui-dire—Il ressort du libellé du paragraphe 9 que la preuve en question est du oui-dire—Cette preuve a de toute évidence été présentée en vue d'établir la véracité du contenu de la déclaration—Rien ne permet de penser que l'exception relative à la fiabilité et à la nécessité s'applique—Il y a lieu en l'espèce de radier le paragraphe fautif avant l'audition—Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles où l'existence d'un préjudice est démontrée et que la preuve est de toute évidence dénuée de pertinence qu'une requête en radiation d'un affidavit est justifiée—Lorsqu'elle est fondée sur le oui-dire, cette requête ne doit être présentée que lorsque le oui-dire soulève une question controversée, lorsque le oui-dire peut être clairement démontré ou lorsqu'on peut démontrer que le fait de laisser au juge du fond le soin de trancher la question causerait un préjudice—Appel accueilli—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 81.

CANADIAN TIRE CORP. C. P.S. PARTSOURCE INC. (A-434-00, juge Malone, J.C.A., jugement en date du 8-2-01, 9 p.)

COMMUNICATION DES DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE*Interrogatoire préalable*

Appel du rejet d'un appel ([1999] 4 C.F. F-83) de l'ordonnance du protonotaire exigeant que DuPont réponde aux questions de l'interrogatoire préalable qui portent sur la connaissance que possède DuPont de la composition et de la masse volumique de la pellicule de l'intimée—L'interrogatoire préalable s'inscrit dans le cadre d'une action en contrefaçon d'un brevet de DuPont qui se rapporte généralement à des sacs conçus pour contenir du liquide—DuPont a refusé de répondre aux questions en invoquant un privilège—En vue de préparer la présente instance et au cours de celle-ci, une avocate interne de DuPont a demandé la réalisation d'essais techniques et d'expériences sur la pellicule de l'intimée pour aider à déterminer s'il y avait ou non contrefaçon—Les résultats lui ont été soit envoyés par le biais d'une note de service, soit transmis par ceux qui ont effectué les essais—Les résultats sont demeurés confidentiels—Il est admis que les faits qu'on a cherché à établir au cours de l'interrogatoire préalable sont pertinents à la

PRATIQUE—Suite

prétention de contrefaçon—L'intimée cherche seulement à découvrir quels sont les faits sur lesquels se fonde DuPont—Il a été statué, dans l'arrêt *Global Petroleum Corp. v. CBI Industries Inc.* (1998), 172 N.S.R. (2d) 326, que le privilège ne peut servir à empêcher la divulgation de faits, si une partie invoque ces faits; si on invoque un fait, il doit être divulgué—L'intimée ne demande pas à avoir accès à un avis, à une opinion ou à une évaluation juridiques—Elle ne pose pas une question visant généralement les résultats des essais—La question de l'intimée au sujet de la masse volumique de la pellicule est précise et pertinente à l'allégation de fait sur laquelle se fonde la demanderesse dans ses actes de procédure—Il importe peu que les faits invoqués par DuPont aient été découverts par l'intermédiaire d'un avocat—Appel rejeté.

DUPONT CANADA INC. C. EMBALLAGE ST-JEAN LTÉE
(A-582-99, juge en chef Richard, jugement en date du 13-12-00, 8 p.)

Demande par voie d'appel interjeté contre la décision de la protonotaire ordonnant la reprise du contre-interrogatoire sur affidavits dans le but d'attaquer la crédibilité—Implicitement, la protonotaire a rejeté les requêtes en radiation d'affidavits, celle en vue d'obliger la production de microfiches montrant des dessins techniques visés par l'action en violation du droit d'auteur et celle intimant de préciser où se trouvaient actuellement ces microfiches—Les microfiches sont la propriété de la demanderesse, mais elles ont été volées—Pendant l'exécution d'une ordonnance Anton Piller, les microfiches ont été secrètement retirées des bureaux de la défenderesse—Sans la production des microfiches, la demanderesse est incapable de contre-interroger les témoins—En ce qui concerne la question de la norme de contrôle, les observations ont porté sur trois domaines distincts: le défaut d'ordonner la production des microfiches et la réparation qui s'y rapporte, le défaut d'ordonner la délivrance d'un *subpoena* et le défaut d'adjudger les dépens sur la base demandée—Le juge saisi de l'appel contre l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire ne doit pas intervenir sauf si l'ordonnance est entachée d'erreur flagrante ou qu'elle porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal: voir l'arrêt *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.)—L'intervention des tribunaux d'appel est aussi justifiée lorsque la décision entraîne une certaine injustice: voir l'arrêt *Citipage Ltd. c. Barrigar & Oyen* (1993), 49 C.P.R. (3d) (C.A.F.)—La protonotaire a statué que la demanderesse n'ayant pas établi la pertinence des microfiches face aux requêtes pour lesquelles elle avait obtenu l'autorisation de contre-interroger, on ne pouvait obliger la production des microfiches—Les demandeurs soutiennent que cette conclusion est assimilable à une erreur de droit, qu'elle entraîne une injustice, et demandent à la Cour de reconsidérer la de-

PRATIQUE—Suite

mande d'ordonnance en vue d'obtenir la production des microfiches en reprenant l'affaire depuis le début—Si, en appel devant un juge, il fallait considérer que le critère de révision suivant lequel il faut reprendre l'affaire dès le début s'applique à toutes les décisions discrétionnaires rendues par un protonotaire, l'audience tenue devant le protonotaire ne serait rien de plus qu'un relais coûteux sur le chemin des procédures conduisant à un juge des requêtes—Dans ce contexte, le juge a tenu compte du fait qu'une ordonnance Anton Piller demandait aux défendeurs de confier à la garde provisoire d'un avocat désigné tous les éléments matériels désignés se trouvant dans les établissements des sociétés défenderesses, dont les microfiches—On peut supposer que les microfiches dont il est question en l'espèce étaient visées par cette ordonnance et qu'elles n'ont pas été remises—Ce qui amène la Cour à se demander à quelle fin utile une autre ordonnance de remise des microfiches en question pourrait servir—Ainsi, même en reprenant l'affaire depuis le début en ce qui concerne la partie de l'ordonnance qui se rapporte à la production des microfiches, et dans un cas où il y a lieu de faire preuve de retenue face à cette ordonnance, dans les faits, rien ne justifie d'intervenir—Quant à l'omission d'examiner la demande visant la délivrance d'un *subpoena*, la règle 397(1)b) des Règles de la Cour fédérale permet à une partie de déposer un avis de requête demandant à la Cour qui a rendu l'ordonnance, telle qu'elle était constituée à ce moment, d'en examiner de nouveau les termes au motif qu'une question qui aurait dû être traitée a été oubliée ou omise involontairement—Comme l'ordonnance ne contient aucune mention de la demande de délivrance d'un *subpoena*, il semblerait raisonnable de supposer que l'absence ne serait-ce que d'une mention de cette réparation constitue une omission involontaire—Bien que la demanderesse et son codéfendeur reconventionnel n'aient pas sollicité la réparation prévue à la règle 397, il est encore possible d'y avoir recours—Le juge ordonne la prorogation du délai imparti pour demander la réparation prévue à la règle 397—La partie de l'ordonnance du protonotaire qui porte sur les dépens est purement discrétionnaire et, selon le critère précisé dans l'arrêt *Aqua-Gem*, aucun motif raisonnable ne justifierait la Cour de la réviser, en reprenant depuis le début—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 397.

MONTAGUE INDUSTRIES INC. C. CANMEC LTÉE
(T-169-99, juge Gibson, ordonnance en date du 14-2-01, 22 p.)

PARTIES

La demande de contrôle judiciaire du refus de la Commission canadienne des droits de la personne d'enquêter sur la conduite, à l'égard de M. Nourhaghghi, des défendeurs désignés nommément autres que le procureur général du Canada et la Commission canadienne des droits de la personne donne lieu à plusieurs requêtes en vue d'obtenir le

PRATIQUE—Suite

rejet de la demande formulée contre les défendeurs—La règle 303 des Règles de la Cour fédérale (1998) exige que le demandeur désigne à titre de défendeur toute personne directement touchée par l'ordonnance recherchée, autre que l'office fédéral visé par la demande—L'arrêt *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.), indique très clairement que seules des circonstances exceptionnelles justifient de retarder ou d'autrement entraver l'examen au fond d'une demande de contrôle judiciaire par des requêtes en radiation—Fien que la règle générale souffre une exception, celle-ci ne s'applique qu'à des cas «très exceptionnels»—Le fardeau de la preuve qui incombe aux auteurs des requêtes est lourd—Les demandes de contrôle judiciaire devraient être traitées rapidement en réduisant au minimum les procédures interlocutoires—Essentiellement, Nourhaghighi demande qu'on oblige la Commission canadienne des droits de la personne à enquêter sur les activités des autres défendeurs nommément désignés, dans la mesure où ces activités lui ont nuí—Les défendeurs autres que le procureur général du Canada et la Commission ne sont pas des personnes pouvant être «directement touchée[s]», au sens de la règle 303(1a) par toute ordonnance valablement accordée par suite de la demande initiale de Nourhaghighi—Étant l'office fédéral visé par la demande, la Commission est précisément exclue de l'application de cet alinéa—La règle 303(2) s'applique—C'est le procureur général du Canada qui doit être désigné défendeur—Loin d'empêcher le litige de suivre son cours, le prononcé des ordonnances recherchées en faciliterait plutôt le déroulement—La décision sera fort probablement frappée d'appel ce qui entraînera une dépense inutile de fonds publics et de fonds privés—Mais si les réparations sont refusées, il en résultera une dépense inutile de fonds privés—Nourhaghighi conteste le droit des divers défendeurs de présenter des requêtes parce qu'ils n'ont pas déposé d'avis de comparution—Les défendeurs présents devant la Cour qui n'avaient pas produit d'avis de comparution ont demandé oralement une prorogation du délai; cette prorogation a été accordée; des avis de comparution ont été produits—La question des avis de comparution est d'ordre technique; elle ne devrait pas empêcher de retirer les défendeurs dans un cas où le défaut de le faire ne servirait qu'à compliquer le processus, augmenter les coûts et retarder le règlement ultime—La requête sollicitant une ordonnance exigeant que des avocats «donnent des raisons pour lesquelles ils ne seraient pas déclarés coupable d'outrage» a été ajournée—Des ordonnances sont rendues pour radier tous les requérants à l'exception du procureur général du Canada et de Dennis Osborne—La requête sollicitant une garantie pour les dépens est ajournée *sine die*—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 303.

NOURHAGHIGHI C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-1535-00, juge Gibson, ordonnance en date du 22-1-01, 34 p.)

PRATIQUE—Suite

RES JUDICATA

Requêtes en jugement sommaire—Action pour faire déclarer que l'utilisation de maléate d'énalapril ne constitue pas une contrefaçon du brevet des défenderesses—Demande reconventionnelle pour faire déclarer que l'utilisation constitue une contrefaçon du brevet—La règle 216 des Règles de la Cour fédérale dispose qu'une requête en jugement sommaire doit être accordée lorsqu'il n'existe pas de véritable question litigieuse—Un jugement sommaire ne devrait être accordé que lorsque l'affaire est si incertaine qu'elle ne sera pas digne d'intérêt pour le juge qui en sera saisi au procès: *Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 C.F. 853 (1^{re} inst.)—L'affaire est réglée par l'application du principe de l'autorité de la chose jugée ou de l'irrecevabilité pour cause d'identité des questions en litige (*issue estoppel*), lequel s'étend à chacun des points litigieux que les parties, si elles avaient fait preuve de diligence raisonnable, auraient déjà pu soulever—Ce principe vient renforcer celui du règlement final des litiges—*Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440 a statué que l'autorité de la chose jugée signifie qu'il y a identité de parties, d'objet et de cause mais qu'il n'est pas nécessaire que les actions comportent les mêmes conclusions—L'affaire en l'espèce concernait les mêmes parties, les mêmes questions et à peu près les mêmes faits que *Merck & Co. c. Apotex Inc.* (1994), 59 C.P.R. (3d) 133 (C.F. 1^{re} inst.); (1995), 60 C.P.R. (3d) 356 (C.A.F.)—Les deux affaires portent sur le maléate d'énalapril dont Delmar avait fait l'acquisition après qu'une licence obligatoire lui ait été délivrée le 24 avril 1992—Comme en l'espèce, l'affaire *Merck* portait sur du maléate d'énalapril en vrac dont Delmar avait fait l'acquisition et qui a été vendu à un tiers étranger en janvier et en février 1993—Les deux affaires ont nécessité une décision pour définir la portée de l'extinction légale de la licence Delmar en date du 14 février 1993 sur les droits des acheteurs subséquents du maléate d'énalapril qui avait été vendu par Delmar alors que sa licence était encore valide—Le juge MacKay et la C.A. ont conclu que le brevet *Merck* est contrefait par *Apotex* dans le cas du maléate d'énalapril acheté par *Apotex* auprès d'un client étranger de Delmar, dont l'identité n'a pas été divulguée, après que la licence obligatoire détenue par Delmar a été éteinte par la loi—La seule différence entre *Merck c. Apotex* et la présente affaire réside dans le fait que le maléate d'énalapril a été acquis en mars 1993 dans l'affaire précédente, alors qu'en l'espèce il a été acquis par *Apotex* en mai et en octobre 1994—Cette différence de fait entre les deux affaires n'est pas pertinente, puisque dans les deux, le maléate d'énalapril a été acquis après que la loi ait mis fin à la licence obligatoire Delmar le 14 février 1993—La demanderesse a fait valoir que l'arrêt *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129, confirmait que les droits des acquéreurs existent *in rem* et que, comme le maléate d'énalapril avait été vendu au tiers étranger, à qui *Apotex* l'a acheté avant l'extinction de la licence obligatoire Delmar, cette extinction n'affectait donc

PRATIQUE—Suite

aucunement les droits d'Apotex d'utiliser le maléate d'énalapril—*Novopharm* se distingue compte tenu des faits différents: la question de l'annulation d'une licence par le breveté plutôt que l'extinction d'une licence obligatoire par l'effet de la loi—Il n'y a pas de circonstances particulières qui justifient l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de contourner l'application habituelle du principe de l'autorité de la chose jugée—Par suite de *Merck c. Apotex*, il n'existe pas de véritables questions litigieuses à l'égard de

PRATIQUE—Fin

la demande en vue d'obtenir un jugement déclaratoire qu'expose Apotex dans sa déclaration, et Apotex n'a pas établi de défense à l'encontre de la demande portant sur la contrefaçon du brevet—Jugement sommaire accordé en faveur des défenderesses—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 216.

APOTEX INC. C. MERCK & CO. INC. (T-294-96, juge McKeown, ordonnance en date du 2-2-01, 12 p.)

If undelivered, return COVER ONLY to:
Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9