



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1999, Vol. 3, Part 1**

**1999, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**

**Cited as [1999] 3 F.C., 3-201**

**Renvoi [1999] 3 C.F., 3-201**

---



Published by

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

Editorial Board

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

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

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

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production Manager  
LAURA VANIER

Publications Specialist  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Editorial Assistants  
PIERRE LANDRIault  
LISE LEPAGE-PELLETIER

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 1999.

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

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

*Inquiries concerning the contents of the Canada Federal Court Reports should be directed to: The Executive Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.*

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

Publié par

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

Bureau des arrêtiistes

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

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

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

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Services techniques

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

Spécialiste des publications  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Adjoints à l'édition  
PIERRE LANDRIault  
LISE LEPAGE-PELLETIER

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 1999.

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

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

*Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des arrêtiistes de la Cour fédérale du Canada doivent être adressées au: Directeur général, Recueil des arrêtiistes de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3.*

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

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

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

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>

## CONTENTS

Digests .....	D-1
Appeals Noted .....	I
Canada v. Corsano (C.A.) .....	173

Income tax — Corporations — Appeals from T.C.C. decision respondents, benevolent directors of not-for-profit corporation, not responsible for unremitted federal income tax withheld from wages of employees — Income Tax Act, s. 227.1 holding jointly, severally liable directors of corporation failing to remit taxes due on salary, wages — S. 227.1(3) providing director not so liable where exercising degree of diligence, care, skill to prevent failure reasonably prudent person would exercise — Respondents, acting as directors, aware of failure to remit sums 9 or 10 months before Corporation bankrupt — T.C.J. holding as respondents not *de jure* directors as defined by incorporating legislation, not liable under s. 227.1(1) — *Per* Letourneau J.A. (concurring in result): S. 227.1 intended to cover all types of directors as evidenced by nature of obligation imposed on corporation, directors; nature of debt owed; nature of relationship between corporation, directors, employees, Crown — Unduly restrictive interpretation of s. 227.1(1) compromising valid social objectives of provision — S. 227.1(3) imposing one standard of care on all directors — Application of standard flexible because different skills, factors, circumstances weighed in measuring whether director met standard of care — On learning of Corporation's financial difficulties or failure to remit, respondents under positive duty to act to prevent failure to make current, future remittances — No positive steps taken to correct, prevent Corporation's failure to remit deductions — Delegation of authority to Manager amounting to abdication — Directors not exercising degree of care, diligence expected to prevent failure to withhold, remit — *Per* Noël J.A. (Desjardins J.A. concurring) — Neither Nova Scotia Companies Act nor common law conferring status of director on those not qualified — But principle underlying

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Fiches analytiques .....	F-1
Appels notés .....	I
Canada c. Corsano (C.A.) .....	173

Impôt sur le revenu — Sociétés — Appels contre une décision de la C.C.I. suivant laquelle les intimés, administrateurs bénévoles d'une corporation sans but lucratif, ne sont pas responsables de retenues d'impôt fédéral à la source sur le salaire d'employés, qui n'ont pas fait l'objet d'une remise — L'art. 227.1 de la Loi de l'impôt sur le revenu tient solidairement responsables les administrateurs d'une corporation qui omet de remettre des impôts dus sur le salaire ou la rémunération — L'art. 227.1(3) prévoit qu'un directeur n'est pas responsable de cette omission 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 — Les intimés, agissant comme administrateurs, ont appris l'omission de remettre des sommes 9 ou 10 mois avant la faillite de la corporation — Le juge de la C.I. a conclu que, n'étant pas administrateurs de jure suivant la définition donnée par la loi constitutive, les intimés n'étaient pas responsables en vertu de l'art. 227.1(1) — Le juge Letourneau, J.C.A. (souscrivant au résultat): l'art. 227.1 a voulu recouvrir tous les genres d'administrateurs comme le montrent la nature des responsabilités confiées à la corporation et à ses administrateurs, la nature de la dette, la nature des liens entre la corporation, les administrateurs, les employés et Sa Majesté — Une interprétation trop restrictive de l'art. 227.1(1) compromettrait les objectifs sociaux valides de la disposition — L'art. 227.1(3) impose une seule norme applicable à tous les administrateurs — L'application de la norme est souple, à cause des connaissances, des facteurs et des circonstances différents qu'il faut apprécier pour déterminer si un administrateur s'est conformé à la norme de prudence — Dès qu'ils ont pris connaissance des difficultés financières de la corporation ou de l'omission de remettre les sommes dues,

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

common law remedies devised to assist third parties dealing with unqualified directors, person lacking requisite qualifications prevented from pleading such failure to escape liability attaching to director — Respondents cannot raise lack of qualification as defence to liability under s. 227.1(1).

Corporations — Appeals from T.C.C. decision respondent benevolent directors of not-for-profit corporation not vicariously liable under Income Tax Act, s. 227.1 for unremitted federal income tax withheld from wages of employees — T.C.J. holding as respondents not *de jure* directors, s. 227.1 not applicable — Létourneau J.A. (concurring in result) holding s. 227.1(1) applicable to all directors; s. 227.1(3) imposing one standard of care — Respondents not meeting that standard — Noël J.A. (Desjardins J.A. concurring) examining Nova Scotia Companies Act to determine legislative intent as to who has status of director under law — Neither Act nor common law conferring status of director on those not qualified — But principle underlying remedies devised by courts to protect third parties that person lacking requisite qualifications prevented from pleading such failure to escape liability attaching to director — Respondents cannot raise lack of qualifications as defence to liability under s. 227.1.

### **Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Katriuk (T.D.) ..... 143**

Practice — Discovery — Production of documents — Motion for stay of citizenship revocation proceedings on ground of non-disclosure of evidence — Immigration file, including permanent residence application wherein respondent allegedly making false representations, routinely destroyed prior to institution of proceedings — Where prosecution losing evidence, Crown must satisfactorily

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

les intimés avaient le devoir de prévenir l'omission de payer les sommes dues et à venir — Aucune mesure précise n'a été prise pour corriger, prévenir l'omission de la corporation de remettre les déductions à la source — La délégation d'autorité au directeur général équivalait à une abdication — Les administrateurs n'ont pas fait preuve du degré de prudence et de diligence nécessaire pour prévenir l'omission de retenir et remettre les sommes visées — Le juge Noël, J.C.A. (le juge Desjardins, J.C.A. souscrivant) — Ni la Companies Act de la Nouvelle-Écosse ni la common law ne confèrent le statut d'administrateur à des personnes non éligibles — Mais, suivant un principe qui sous-tend ces redressements en common law conçu pour protéger les tiers qui traitent avec des administrateurs non éligibles, une personne qui n'a pas satisfait aux critères d'éligibilité ne peut se fonder sur ce fait pour échapper aux responsabilités de la charge d'administrateur — Les intimés ne peuvent invoquer l'inéligibilité pour se dégager de leurs obligations en vertu de l'art. 227.1(1).

Corporations — Appels contre une décision de la C.C.I. suivant laquelle les intimés, administrateurs bénévoles d'une corporation sans but lucratif, ne sont pas responsables du fait d'autrui en vertu de l'art. 227.1 de la Loi de l'impôt sur le revenu pour des retenues d'impôt fédéral à la source sur le salaire d'employés, qui n'ont pas fait l'objet d'une remise — Le juge de la C. I. a conclu que, les intimés n'étant pas administrateurs *de jure*, l'art. 227.1 ne s'applique pas — Le juge Létourneau, J.C.A. (souscrivant au résultat) conclut que l'art. 227.1(1) s'applique à tous les administrateurs; l'art. 227.1(3) impose une seule norme de prudence — Les intimés n'ont pas respecté cette norme — Le juge Noël, J.C.A. (le juge Desjardins, J.C.A. souscrivant) a examiné la Companies Act de la Nouvelle-Écosse pour dégager l'intention du législateur quant à savoir qui a le statut d'administrateur en vertu de la loi — Ni la loi ni la common law ne confèrent le statut d'administrateur à des personnes non éligibles — Mais, suivant un principes qui sous-tend les redressements conçus par les tribunaux pour protéger les tiers, une personne qui n'a pas satisfait aux critères d'éligibilité ne peut se fonder sur ce fait pour échapper aux responsabilités de la charge d'administrateur — Les intimés ne peuvent invoquer l'inéligibilité pour se dégager de leurs obligations en vertu de l'art. 227.1(1).

### **Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Katriuk (1<sup>re</sup> inst.) ..... 143**

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Production de documents — Requête visant à faire suspendre des procédures de révocation de la citoyenneté fondée sur la non-divulgence de la preuve — Le dossier d'immigration renfermant notamment une demande de résidence permanente dans laquelle le défendeur avait censément fait de fausses déclarations avait fait l'objet d'une

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

explain what happened to it — Whether reasonable steps taken to preserve evidence consideration as to whether explanation satisfactory — Degree of care depending on degree of relevance — At time of destruction, no indication legal proceedings would be instituted with respect to respondent's immigration, citizenship status — As no allegations of false representation against respondent when file destroyed, evidence not seen as relevant.

Practice — Stay of proceedings — Motion for stay of citizenship revocation proceedings on ground of non-disclosure of evidence; unfairness; fact Rules changed in midst of proceedings — Immigration file, including permanent residence application wherein respondent allegedly making false representations, routinely destroyed prior to institution of proceedings — Delay between filing of statement of claim, commencement of these proceedings not detrimental to defendant — Government cannot be faulted for choosing to proceed by revocation proceedings, instead of prosecution for war crimes — Not basis to grant stay that revocation proceedings not instituted against others named in Deschênes Commission Report — No merit to argument change of Rules justifying stay of proceedings.

Evidence — Canada Evidence Act, s. 39 according Crown power to refuse to disclose certain documents in situations where to do so would breach confidence of Queens Privy Council — Respondent arguing use of s. 39 certificate inappropriate — Once s. 39 certificate issued, not open to Court to review documents to ensure government made reasonable decision — Only way to attack such certificate to attack wording as too vague — No such attack brought — Neither provision nor certificate challenged — As nothing in statute prohibiting use of certificate with respect to situation, proper use of certificate not supporting motion to stay proceedings.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

destruction d'usage avant l'introduction de l'instance — Dans les cas où il perd un élément de preuve, le ministère public a l'obligation d'expliquer d'une façon satisfaisante ce qui est arrivé à cet élément — Pour déterminer si l'explication est satisfaisante, il faut se demander si des mesures raisonnables ont été prises pour conserver la preuve — Plus la pertinence d'un élément de preuve est grande, plus le degré de diligence attendu est élevé — Au moment où le dossier avait été détruit, rien ne laissait croire qu'une procédure serait engagée relativement au statut du défendeur en ce qui concerne l'immigration et la citoyenneté — Étant donné qu'aucune allégation de fausse déclaration n'avait été faite à l'encontre du défendeur au moment où le dossier avait été détruit, la preuve n'était pas considérée comme pertinente.

Pratique — Suspension d'instance — Requête visant à faire suspendre des procédures de révocation de la citoyenneté fondée sur la non-divulgence de la preuve; sur le manque d'équité; sur le fait que les Règles avaient été modifiées au milieu de l'instance — Le dossier d'immigration renfermant notamment une demande de résidence permanente dans laquelle le défendeur avait censément fait de fausses déclarations avait fait l'objet d'une destruction d'usage avant l'introduction de l'instance — Le délai entre le dépôt de la déclaration et le déroulement de cette instance n'a pas causé de préjudice au défendeur — On ne saurait blâmer le gouvernement pour avoir décidé d'engager des procédures de révocation au lieu d'engager des poursuites fondées sur la perpétration de crimes de guerre — Aucun motif raisonnable ne justifiait la suspension de l'instance simplement parce qu'une procédure de révocation n'avait pas été engagée contre les autres personnes nommées dans le rapport de la Commission Deschênes — L'argument selon lequel la modification des Règles justifiait la suspension de l'instance n'était pas fondé.

Preuve — L'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada confère au ministère public le pouvoir de refuser de divulguer certains documents lorsque leur divulgation aurait pour effet de révéler un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine — Le défendeur avait soutenu que le recours à une attestation sous le régime de l'art. 39 était irrégulier — Une fois produite l'attestation visée par l'art. 39, le tribunal ne peut pas examiner les documents pour apprécier le caractère raisonnable de la décision du gouvernement — La seule façon d'attaquer cette attestation consiste à en contester le libellé en invoquant son imprécision — Aucune contestation de ce genre n'avait été entreprise — Ni la disposition en cause ni l'attestation n'avaient été contestées — Étant donné qu'aucune disposition de la Loi ne faisait obstacle au recours à une attestation relativement à la situation du défendeur, l'utilisation régulière de l'attestation n'appuyait pas la requête visant à la suspension de l'instance.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Motion to stay citizenship revocation proceedings — As respondent's life, liberty, security not at stake, Charter, s. 7 not applicable.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality Rights — Respondent seeking stay of revocation of citizenship proceedings on ground discriminatory, breach of Charter, s. 15 to bring proceedings against him but not others named in Deschênes Commission Report — No reasonable basis for stay — That Commission may not have sufficient evidence to bring proceedings against everyone allegedly committing criminal acts not preventing Crown from proceeding against those with respect to whom has sufficient evidence.

Crown — Torts — Negligence — Routine destruction of inactive government files does not constitute negligence on government's part — Context: immigration application form destroyed not knowing citizenship revocation would subsequently be sought based on false representations in application.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Motion to stay revocation of citizenship proceedings — Motion based on ground of non-disclosure of evidence; unfairness; fact Rules changed in midst of proceedings — Crown's explanation for destruction of evidence satisfactory given perceived relevance of file at time of destruction — Delay between filing statement of claim, unfolding of these proceedings not prejudicial — When multiple avenues of proceeding open to Crown, i.e. criminal prosecution, revocation of citizenship, Crown at liberty to pursue whichever avenue chooses — No basis to grant stay that revocation proceedings not instituted against all those named in Deschênes Commission Report.

### **Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Katriuk (T.D.) ..... 164**

Evidence — Objection to admissibility of commission evidence taken in Poland — Mutual Understanding providing when Canadian Court requesting to take evidence in Polish People's Republic, Polish Judge will preside at

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Requête visant à faire suspendre des procédures de révocation de la citoyenneté — Étant donné que le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité du défendeur n'était pas menacé en l'espèce, l'art. 7 de la Charte ne pouvait être invoqué.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Le défendeur avait demandé la suspension des procédures de révocation de la citoyenneté pour le motif que le fait d'engager une procédure contre lui et non contre les autres personnes nommées dans le rapport de la Commission Deschênes constituait un acte discriminatoire et contrevenait à l'art. 15 de la Charte — Aucun motif raisonnable ne justifiait la suspension — Le fait que le ministère public ne possède peut-être pas de preuve suffisante pour engager des procédures toutes les personnes qui auraient commis des infractions criminelles n'empêche pas celui-ci d'engager des poursuites contre celles à l'égard desquelles il dispose d'une preuve suffisante.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Négligence — La destruction courante de dossiers inactifs du gouvernement ne constitue pas de la négligence de la part du gouvernement — Le formulaire de demande d'immigration avait été détruit à un moment où l'on ne savait pas que la révocation de la citoyenneté serait subséquemment demandée compte tenu des fausses déclarations qui avaient été faites dans la demande.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Requête visant à faire suspendre des procédures de révocation de la citoyenneté — Requête fondée sur la non-divulgaration de la preuve; sur le manque d'équité; sur le fait que les Règles avaient été modifiées au milieu de l'instance — L'explication que le ministère public avait donnée pour avoir détruit un élément de preuve était satisfaisante étant donné qu'il n'existait aucune raison de considérer le dossier comme pertinent au moment où il avait été détruit — Le fait qu'il s'était écoulé un certain temps entre le dépôt de la déclaration et le déroulement de la procédure n'était pas préjudiciable — Lorsque plusieurs voies de recours s'offrent à la Couronne, comme des poursuites criminelles ou la révocation de la citoyenneté, celle-ci est libre de suivre celle de son choix — Aucun motif raisonnable ne justifiait la suspension de l'instance simplement parce qu'une procédure de révocation n'avait pas été engagée contre toutes les personnes nommées dans le rapport de la Commission Deschênes.

### **Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Katriuk (1<sup>re</sup> inst.) ..... 164**

Preuve — Objection soulevée au sujet de l'admissibilité d'un témoignage recueilli par commission en Pologne — Selon une entente mutuelle, lorsqu'un tribunal canadien demande à recueillir un témoignage en Pologne, un juge

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

hearing in accordance with requirements of Polish law, and will enable Canadian Judge to take evidence in accordance with Canadian rules of evidence, procedure — Presiding Polish Judge examining, cross-examining witness in belief authorized to do so — Canadian Judge's mandate to take evidence in accordance with Canadian rules of evidence, procedure — Unable to fulfill mandate because of fundamental differences between Polish, Canadian procedures.

### **Chaudhry v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) . . . . . 3**

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Applicant, citizen of Pakistan, convicted of trafficking in narcotic, ordered deported — Seeking order requiring Adjudication Division to review reasons for continued detention under Immigration Act, s. 103(6) — Person subject to order under s. 105(1) could be “detained” pursuant to Immigration Act, s. 103(6) — S. 103(6) providing important procedural protections when examination, inquiry, removal cannot take place promptly — Should be interpreted to protect liberty of person, to provide for review by Adjudication Division of reasons for continuation of s. 105(1) order — Detention review of order not required until convict eligible for day parole, unescorted temporary absence (UTA).

Constitutional law — Charter of Rights — Legal Rights — Whether depriving convict of eligibility for day parole, unescorted temporary absence detention, imprisonment within meaning of Charter, s. 9 — Person subject to s. 105(1) detained pursuant to Immigration Act, also “detained or imprisoned” under Charter, s. 9 — To establish violation of s. 9, applicant must show detention, imprisonment arbitrary — Inmate subject to s. 105(1) order arbitrarily detained if reasons for continuation of order not subject to review by Adjudication Division.

Parole — Convict, citizen of Pakistan whose visitor status had expired, serving sentence for drug trafficking — Deportation ordered — Arrest, detention warrant issued under Immigration Act, s. 103(1) — Order under Act, s. 105 for delivery into custody of immigration officer upon sentence expiration rendering convict ineligible for day parole, UTA — Parliament having created statutory eligibility for parole, denial of right to be considered for parole may constitute detention, convict having to serve sentence under more restrictive conditions than general population —

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

polonais préside l'audience conformément aux exigences du droit polonais et permet au juge canadien de recueillir le témoignage conformément aux règles de preuve et de procédure canadiennes — La juge polonaise qui présidait l'audience avait interrogé et contre-interrogé le témoin en croyant être autorisée à le faire — Le juge canadien avait pour mandat de recueillir le témoignage conformément aux règles de preuve et de procédure canadiennes — Il n'avait pas été en mesure de s'acquitter de son mandat à cause de différences fondamentales entre les procédures polonaise et canadienne.

### **Chaudhry c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) . . . . . 3**

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Le demandeur, un citoyen du Pakistan, a été reconnu coupable de trafic de stupéfiants et une mesure d'expulsion a été prise contre lui — Il a sollicité une ordonnance enjoignant à la section d'arbitrage d'examiner les motifs de prolongation de la garde en application de l'art. 103(6) de la Loi — La personne qui est visée par l'ordre prévu à l'art. 105(1) peut être «gardée» au sens de l'art. 103(6) de la Loi sur l'immigration — L'art. 103(6) accorde des protections procédurales importantes lorsque l'interrogatoire, l'enquête ou le renvoi ne peuvent avoir lieu à bref délai — Il devrait être interprété de façon à protéger la liberté de la personne et à prévoir l'examen par la section d'arbitrage des motifs qui pourraient justifier la prorogation de l'ordre prévu à l'art. 105(1) — L'examen de l'ordre n'est requis qu'au moment où le détenu devient admissible à la semi-liberté ou à des sorties sans surveillance.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Garanties juridiques — Le fait de priver un détenu de son admissibilité à la semi-liberté ou aux sorties sans surveillance constitue-t-il un emprisonnement au sens de l'art. 9 de la Charte? — Une personne visée par l'ordre prévu à l'art. 105(1) est gardée conformément à la Loi sur l'immigration et est également «détenue ou emprisonnée» en application de l'art. 9 de la Charte — Afin d'établir que l'art. 9 a été violé, le demandeur doit démontrer que la détention ou l'emprisonnement était arbitraire — Le détenu qui est visé par l'ordre prévu à l'art. 105(1) serait arbitrairement détenu si les motifs justifiant la prorogation de l'ordre ne pouvaient pas être examinés par la section d'arbitrage.

Libération conditionnelle — Le détenu, un citoyen du Pakistan dont le visa de visiteur était expiré, purgeait une peine pour trafic de stupéfiants — Une mesure d'expulsion a été prise contre lui — Un mandat d'arrestation a été délivré en vertu de l'art. 103(1) de la Loi sur l'immigration — L'ordre fondé sur l'art. 105 de remettre le détenu à un agent d'immigration en vue de son placement sous garde à l'expiration de sa peine l'empêche d'être admissible à la semi-liberté ou d'être autorisé à sortir sans surveillance — Le législateur a reconnu l'admissibilité à la libération

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Detention arbitrary absent s. 103(6) review by IRB's Adjudication Division.

### **Espinoza v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) ..... 73**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Judicial review of CRDD's decision applicants not Convention refugees — Applicant citizen of El Salvador — Marrying citizen of Mexico where lived since 1981 — Three children (minor applicants) born in Mexico — Board holding children having dual nationalities — Finding applicant, children not having fear of persecution in El Salvador — Immigration Act, s. 69(4) providing Refugee Division shall designate another person to represent applicants under 18 or unable to appreciate nature of proceedings — (1) Imposing duty to assess whether person to be designated appreciating nature of proceedings, particularly in case of designated representative for children as outcome of claim may be contingent upon such designation — Minor applicants denied fair hearing because lack of knowledge of meaning of "designated representative" precluding full presentation of claim — Duty exists even if refugee claimants represented by counsel — (2) Open to Board, given documentary evidence relied upon, to conclude applicants nationals of El Salvador — (3) No need for Board to consider claim of persecution with respect to another country where already found applicant not having well-founded claim in country where returning applicant not facing reasonable possibility of persecution.

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Statutory duty of CRDD to designate representative where claimant, whether or not under 18, unable to understand nature of proceedings includes duty to assess whether proposed representative appreciates nature of proceedings — Especially so where outcome of child's claim contingent upon designation — Since duty is that of CRDD, not enough that claimants represented by counsel.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

conditionnelle et la dénegation du droit d'un détenu de faire examiner son cas aux fins de la libération conditionnelle peut être assimilée à la détention parce que le détenu doit purger sa peine dans des conditions plus strictes que celles qui s'appliquent d'une façon générale aux autres détenus — La détention est arbitraire si la section d'arbitrage de la CISR ne procède pas à un examen fondé sur l'art. 103(6).

### **Espinoza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 73**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Contrôle judiciaire d'une décision de la SSR selon laquelle les demandeurs ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention — Le demandeur est citoyen du Salvador — Il a épousé une citoyenne du Mexique, où il vivait depuis 1981 — Trois enfants (les demandeurs mineurs) sont nés au Mexique — La Commission a jugé que les enfants ont la double nationalité — Elle a conclu que le demandeur et les enfants ne craignaient pas d'être persécutés au Salvador — L'art. 69(4) de la Loi sur l'immigration prévoit que la section du statut commet d'office une autre personne pour représenter les demandeurs qui n'ont pas dix-huit ans ou ne sont pas en mesure de comprendre la nature de la procédure en cause — 1) Il impose l'obligation d'évaluer si la personne à commettre d'office comprend la nature de la procédure, notamment dans le cas d'un représentant commis d'office pour des enfants étant donné que l'issue de leur revendication peut dépendre de cette désignation d'office — Les demandeurs mineurs ont été privés d'une audition équitable parce que le fait de ne pas savoir ce que signifiait l'expression «représentant commis d'office» les empêchait de présenter une revendication pleine et entière — Cette obligation existe même si les revendicateurs du statut de réfugié sont représentés par un avocat — 2) Étant donné la preuve documentaire sur laquelle s'est fondée la Commission, elle pouvait conclure que le demandeur et les enfants étaient des ressortissants du Salvador — 3) Il n'y avait pas lieu pour la Commission d'examiner la crainte prétendue de persécution d'une personne relativement à un autre pays où la Commission a déjà conclu que le demandeur n'a pas une crainte fondée de persécution dans un pays où le fait de retourner le demandeur ne crée pas de risque raisonnable de persécution.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — L'obligation légale de la SSR de commettre d'office un représentant lorsque le revendicateur, qu'il ait ou non moins de dix-huit ans, n'est pas en mesure de comprendre la nature de la procédure en cause, impose l'obligation d'évaluer si la personne à commettre d'office comprend la nature de la procédure — Il en est notamment ainsi dans le cas où l'issue de la revendication d'un enfant peut dépendre de cette désignation d'office — Comme cette obligation incombe à la SSR, il ne suffit pas que les revendicateurs soient représentés par un avocat.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Johns Manville International, Inc. v. Deputy M.N.R., Customs and Excise (T.D.)** ..... 95

Anti-dumping — Judicial review of refusal to disclose information contained in Detailed Adjustment Statement, accompanying worksheets, used to assess anti-dumping duty payable by importers on goods exported by applicant to Canada under Special Import Measures Act, s. 55 — Respondent not lawfully exercising discretion under Customs Act, s. 108(3) to disclose information to person who provided it as wrongfully concluding no discretion to exercise — Identity of person who “provided” information not limited to person from whom respondent immediately obtained information — Improper delegation of power to form opinion whether information should be disclosed under s. 108.

Customs and Excise — Customs Act — S. 107 prohibiting disclosure of any information “obtained by” Minister for purposes of Customs Act, Customs Tariff — S. 108(1)(c) permitting disclosure of such information to any person “legally entitled” thereto — S. 108(3) permitting disclosure to person who “provided” information — “Obtained” meaning documents created by respondent containing information obtained from importer, some other source — Immaterial that respondent created document — That information obtained from importers in discharge of duty under Customs Act, subsequently copied onto other forms for purposes of Special Import Measures Act not changing original purpose for which obtained — Therefore within prohibition against disclosure imposed by s. 107(1)(a) — Identity of person who “provided” information not limited to person from whom respondent immediately obtained information — Rationale permitting disclosure to immediate provider of information extending to person supplying it to that person — “Legally entitled” narrowly construed to mean only statutory powers conferred by federal statutes authorizing particular departments, officials to obtain information for government purposes.

Administrative law — Judicial review — Respondent refusing to disclose information in Detailed Adjustment Statement, accompanying worksheets used to assess anti-dumping duty payable by importers on goods exported by applicant to Canada under Special Import Measures Act, s.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Johns Manville International, Inc. c. Sous-ministre M.R.N., Douanes et accise (1<sup>re</sup> inst.)** ..... 95

Antidumping — Contrôle judiciaire du refus de communiquer des renseignements contenus dans le Relevé détaillé de réajustement et les feuilles de travail connexes ayant servi à calculer les droits antidumping payables par des importateurs sur des marchandises que la demanderesse a exportées au Canada en vertu de l’art. 55 de la Loi sur les mesures spéciales d’importation — Le défendeur n’a pas exercé légalement le pouvoir discrétionnaire que lui confère l’art. 108(3) de la Loi sur les douanes de communiquer les renseignements à la personne qui les a fournis étant donné qu’il a conclu à tort qu’il n’y avait pas de pouvoir discrétionnaire à exercer — L’identité de la personne qui a «fourni» les renseignements au défendeur ne se restreint pas à la personne qui les lui a directement fournis — Délégation irrégulière du pouvoir d’exprimer un avis sur la communication de renseignements en vertu de l’art. 108.

Douanes et Accise — Loi sur les douanes — L’art. 107 interdit la communication de renseignements «obtenus par» le ministre pour l’application de la Loi sur les douanes et du Tarif des douanes — L’art. 108(1)c) permet la communication de ces renseignements aux personnes ayant «légalement qualité» à cet égard — L’art. 108(3) permet la communication de ces renseignements à la personne qui les a «fournis» — Le mot «obtenu» désigne les documents établis par le défendeur qui contiennent des renseignements fournis par un importateur ou provenant d’une autre source — Il est sans importance que le défendeur ait établi le document — Le fait que les renseignements fournis par les importateurs dans l’accomplissement de l’obligation que leur impose la Loi sur les douanes ont par la suite été copiés sur d’autres formulaires pour l’application de la LMSI n’a pas modifié le but premier dans lequel ils ont été fournis — Par conséquent, ces renseignements étaient visés par l’interdiction de communication prévue à l’art. 107(1)a) — L’identité de la personne qui a «fourni» les renseignements au défendeur ne se restreint pas à la personne qui les lui a directement fournis — La justification qui permet de communiquer des renseignements à la personne qui les a directement fournis s’applique également au tiers qui a fourni ces mêmes renseignements à cette personne — L’expression «ayant légalement qualité» a été interprétée de manière restrictive et ne s’applique qu’aux pouvoirs conférés par les lois fédérales qui autorisent des ministères ou des fonctionnaires précis à obtenir des renseignements à des fins administratives.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Refus du défendeur de communiquer des renseignements contenus dans le Relevé détaillé de réajustement et les feuilles de travail connexes ayant servi à calculer les droits antidumping payables par des importateurs sur des marchandises que la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

55 — As liability to pay any anti-dumping duties on importer, not exporter, respondent not obliged by duty of fairness to notify exporters of results of investigations under s. 55 — Respondent not having automatic statutory duty to advise applicant of result of s. 55 assessments — Not required to exercise discretion to disclose information under Customs Act, s. 108 unless applicant cannot obtain information any other way, thereby deprived of reasonable opportunity to exercise statutory rights of review, appeal — As applicant not alleging unable to obtain from importers information about assessments of anti-dumping duty, duty of fairness not requiring disclosure of information.

Practice — Costs — Applicant refusing respondent's offer to remit matter to officer authorized to exercise statutory jurisdiction if judicial review application discontinued — Court having full discretionary power over amount, allocation of costs on applications for judicial review: Federal Court Rules, 1998, s. 400(1) — That offer made in writing factor to be considered — That relief granted by Court no more favourable to applicant than that offered by respondent in settlement attempt may justify award of costs to respondent, even though application granted — Inappropriate to award respondent costs as applicant raising important questions of law about statutory scheme, Court finding in favour of applicant in that legal authority to exercise discretion improperly delegated, interpretation of "provided" for purposes of Customs Act, s. 108(3).

### **Markevich v. Canada (T.D.) ..... 28**

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Judicial review — Revenue Canada letter informing applicant owed unpaid "written off" taxes plus interest — Federal Court Act, s. 18.1(3), reference to "decision, order, act or proceeding", broad enough to cover administrative action herein — Would be serious gap in Court's supervisory jurisdiction if it could not entertain challenge to issuance of requirement to pay as Income Tax Act providing no remedy.

Construction of statutes — Taxing statutes — Narrow construction in favour of taxpayer, giving taxpayer benefit

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

demanderesse a exportées au Canada en vertu de l'art. 55 de la Loi sur les mesures spéciales d'importation — Comme c'est l'importateur, et non l'exportateur, qui est redevable des droits antidumping, l'équité n'obligeait pas le défendeur à aviser les exportateurs des résultats des enquêtes menées sous le régime de l'art. 55 — La demanderesse n'avait pas automatiquement le droit d'être informée par le défendeur des résultats des impositions faites en vertu de l'art. 55 — Le défendeur n'était pas tenu d'exercer le pouvoir discrétionnaire de communiquer les renseignements en vertu de l'art. 108, sauf si la demanderesse était incapable d'obtenir ces renseignements par d'autres moyens et était de ce fait privée de la possibilité d'exercer les droits de révision et d'appel prévus par la loi — Comme la demanderesse n'a pas prétendu qu'elle était incapable d'obtenir des importateurs des renseignements sur les droits antidumping qui ont été imposés, l'obligation imposée par l'équité n'exigeait pas que les renseignements soient communiqués.

Pratique — Dépens — La demanderesse a rejeté l'offre du défendeur de renvoyer l'affaire à un fonctionnaire autorisé à exercer le pouvoir prévu par la loi si elle abandonnait la demande de contrôle judiciaire — La Cour a entière discrétion à l'égard du montant et de l'attribution des dépens dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire: art. 400(1) des Règles de la Cour fédérale (1998) — L'existence d'une offre écrite de règlement est un facteur à prendre en considération — Le fait que la réparation accordée par la Cour n'était pas plus favorable à la demanderesse que celle offerte par le défendeur pour tenter de régler le litige peut justifier l'attribution des dépens au défendeur, même si la demande a été accueillie — Il n'était pas opportun d'adjuger les dépens au défendeur car la demanderesse a soulevé des questions de droit importantes au sujet du système législatif, et la Cour a statué en faveur de la demanderesse quant à la délégation irrégulière du pouvoir légal d'exercer le pouvoir discrétionnaire et à l'interprétation du mot «fourni» pour l'application de l'art. 108(3) de la Loi sur les douanes.

### **Markevich c. Canada (1<sup>re</sup> inst.) ..... 28**

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Contrôle judiciaire — Lettre de Revenu Canada faisant savoir au demandeur qu'il était tenu de régler, avec intérêts, des impôts en souffrance qui avaient été «radiés» — Les dispositions de l'art. 18.1(3) de la Loi sur la Cour fédérale concernant «toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte» sont suffisamment larges pour englober la mesure administrative contestée en l'espèce — Ce serait une grave lacune dans le pouvoir de contrôle de la Cour si elle ne pouvait connaître d'un recours contre la sommation de payer, étant donné qu'aucun recours n'est prévu dans la Loi sur l'impôt sur le revenu.

Interprétation des lois — Lois en matière fiscale — L'interprétation restrictive en faveur du contribuable, voulant que

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

of doubt, replaced by rule tax legislation should be subject to ordinary rules of construction — However, given special nature of tax legislation, and reliance placed upon its provisions by those planning their affairs so as to minimize or avoid tax liability, and because business practice has often contextualized meaning of words used in tax statutes, “plain meaning” rule should be given priority over purposive or “modern” approach generally used by courts in interpreting legislation.

Practice — Limitation of actions — Collection of unpaid income tax — Taxpayer failing to pay taxes in early 1980s — Assessed in 1986 — In 1987 Revenue Canada took proceeds of sale of taxpayer’s home, wrote off balance uncollectable — MNR reviving collection attempts in 1998 — Whether barred by limitation period in Crown Liability and Proceedings Act or provincial Limitation Act — Income Tax Act complete code containing own limitation periods, not subject to limitation periods prescribed in legislation regarding Crown proceedings or civil litigation in general — Provincial limitation statute applicable neither to federal cause of action under Income Tax Act nor to collection, by Minister of federal Crown as agent, under provincial Income Tax Act as not applying to federal Crown as matter of necessary implication.

Income tax — Practice — No limitation period in Income Tax Act regarding collection of unpaid tax for which taxpayer assessed — MNR’s exercise of statutory collection powers not subject to limitation period in Crown Liability and Proceedings Act, s. 32 or in relevant provincial limitation statute.

### **T. Eaton Co. v. Canada (C.A.) . . . . . 123**

Income tax — Income calculation — Income or capital gain — \$9.25 million buy-out of taxpayer’s long-term lease participation clause in shopping centre’s annual net profits — Capital gain for taxpayer — Facts clause integral component of capital asset and cancellation of clause impacted significantly on value of leasehold estate overriding considerations, displacing general rule that compensation serving as substitute for surrender of future profits is on revenue account.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

l’on accorde à celui-ci le bénéfice du doute, a été remplacée par la règle selon laquelle la législation fiscale doit être soumise aux règles ordinaires d’interprétation — Cela dit, étant donné le caractère particulier de la législation fiscale, et le fait que les gens se fondent sur ses dispositions pour organiser leurs affaires afin de réduire au minimum ou à néant l’impôt à payer, et du fait que le monde des affaires a souvent contextualisé le sens des termes employés dans les lois fiscales, la règle d’interprétation selon «le sens ordinaire» doit primer la méthode d’interprétation téléologique ou «moderne» qui a cours.

Pratique — Prescription d’actions — Recouvrement des impôts en souffrance — Le contribuable n’avait pas payé ses impôts au début des années 80 — Il a fait l’objet d’une cotisation en 1986 — En 1987, Revenu Canada a saisi le produit de la vente de la maison du contribuable et radié le solde, estimant qu’il était irrécouvrable — En 1998, le MRN a repris ses efforts de recouvrement — Question de savoir si le ministre était empêché de procéder ainsi en raison du délai de prescription prévu dans la Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif ou de celui figurant dans la loi provinciale sur la prescription d’actions — La Loi de l’impôt sur le revenu constitue un code complet qui comprend ses propres délais de prescription et qui n’est pas soumis aux délais de prescription prévus dans les textes législatifs concernant le contentieux administratif ou la responsabilité civile de l’État en générale — La loi provinciale sur la prescription d’actions ne s’applique ni à une cause d’action fédérale fondée sur la Loi de l’impôt sur le revenu ni, en toute logique, au recouvrement, par un ministre fédéral agissant en tant que mandataire des autorités provinciales, en application de la législation fiscale provinciale.

Impôt sur le revenu — Pratique — La Loi de l’impôt sur le revenu ne prévoit aucun délai de prescription concernant le recouvrement de l’arriéré de l’impôt régulièrement établi — L’exercice du pouvoir de perception que le ministre tient de la loi n’est soumis à aucun délai de prescription, que ce soit celui prévu à l’art. 32 de la Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif, ou à celui prévu par la loi provinciale applicable.

### **Cie T. Eaton c. Canada (C.A.) . . . . . 123**

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Revenu ou gain en capital — Rachat au montant de 9,25 millions de dollars de la clause de participation figurant dans un bail à long terme en faveur de la contribuable à l’égard des profits nets annuels d’un centre commercial — Gain en capital pour la contribuable — Le fait que la clause était une partie intégrante d’un bien immobilisé et le fait que l’annulation de cette clause a influé de façon importante sur la valeur d’une propriété à bail sont des considérations primordiales et

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### Zündel v. Canada (Human Rights Commission) (T.D.) ..... 58

Administrative law — Judicial review — Human Rights Tribunal dismissing motion to quash proceedings on ground of reasonable apprehension of bias — Motion made after 13 days of hearings — Applicant relying on *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn.*, [1998] 3 F.C. 244 (T.D.), holding terms of appointment of Tribunal members, mechanism by which remuneration set, Commission's ability to issue binding guidelines, creating reasonable apprehension of bias — Applicant impliedly waiving right to object to HRT's jurisdiction on ground of reasonable apprehension of bias by not raising it at outset — Facts on which *Bell* decision based (provisions of Act, appointment dates of Tribunal members, existence of guidelines), part of public record — While applicant may not have appreciated legal consequences of facts, ignorance of law not excusing delay in making complaint — No evidence of actual bias — Objection to HRT's jurisdiction at commencement of hearing based on Commission, not Tribunal, bias and on fact impugned Website out of Canada.

Human Rights — Judicial review of HRT's dismissal of motion to quash proceedings on ground of reasonable apprehension of bias — HRT already holding 13 days of hearings into complaints applicant distributing hate messages via California Website when decision rendered in *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn.*, [1998] 3 F.C. 244 (T.D.) — Court in *Bell* holding terms of appointment of Tribunal members, mechanism by which remuneration set, Commission's ability to issue binding guidelines, creating reasonable apprehension of bias — Applicant impliedly waiving right to object to HRT's jurisdiction on ground of reasonable apprehension of bias by not raising issue at outset — While applicant may not have appreciated legal consequences of facts on which *Bell* decision based, ignorance of law not excusing delay in objecting.

## SOMMAIRE (Fin)

supplacent la règle générale selon laquelle l'indemnité servant à remplacer l'abandon de profits est imputable au revenu.

### Zündel c. Canada (Commission des droits de la personne) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 58

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Le tribunal des droits de la personne avait rejeté une requête visant à faire annuler l'instance pour le motif qu'il existait une crainte raisonnable de partialité — Requête présentée après 13 jours d'audience — Le demandeur s'était fondé sur la décision *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [1998] 3 C.F. 244 (1<sup>re</sup> inst.), dans laquelle il avait été statué que le mandat des membres du tribunal, le mécanisme par lequel leur rémunération était fixée et la capacité de la Commission de prendre des ordonnances d'exécution obligatoire donnaient lieu à une crainte raisonnable de partialité — Le demandeur avait implicitement renoncé au droit de s'opposer à la compétence du TDP pour le motif qu'il existait une crainte raisonnable de partialité en ne soulevant pas la question dès le début — Les faits sur lesquels la décision *Bell* était fondée (dispositions de la Loi, dates de nomination des membres du tribunal, existence d'ordonnances) font partie du domaine public — Le demandeur ne s'était peut-être pas rendu compte des conséquences juridiques des faits, mais une connaissance insuffisante du droit ne justifie pas le fait qu'on a tardé à déposer une plainte — Rien ne montre qu'il y ait vraiment eu partialité — L'objection qui a été faite au début de l'audience au sujet de la compétence du TDP était fondée sur la partialité de la Commission et non sur celle du tribunal ainsi que sur le fait que le site Web était situé en dehors du Canada.

Droits de la personne — Contrôle judiciaire du rejet par le TDP d'une requête visant à faire annuler l'instance pour le motif qu'il existait une crainte raisonnable de partialité — Au moment où la décision *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [1998] 3 C.F. 244 (1<sup>re</sup> inst.), avait été rendue, le TDP avait déjà tenu 13 jours d'audience au sujet de plaintes selon lesquelles le demandeur diffusait des messages haineux au moyen d'un site Web de la Californie — Dans *Bell*, la Cour avait statué que le mandat des membres du tribunal, le mécanisme par lequel leur rémunération était fixée et la capacité de la Commission de prendre des ordonnances d'exécution obligatoire donnaient lieu à une crainte raisonnable de partialité — Le demandeur avait implicitement renoncé au droit de s'opposer à la compétence du TDP pour le motif qu'il existait une crainte raisonnable de partialité en ne soulevant pas la question dès le début — Le demandeur ne s'était peut-être pas rendu compte des conséquences juridiques des faits sur lesquels la décision *Bell* était fondée, mais une connaissance insuffisante du droit ne justifie pas le fait qu'on a tardé à déposer une plainte.



## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1996] 3 F.C. 373 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-389-96). The reasons for judgment handed down 25/6/99, will be published in the *Federal Court Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 127 (C.A.), was reversed by a decision dated 9/7/99, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

#### *Applications for Leave to Appeal*

*Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 8/7/99.

*Nalley's Canada Ltd. v. Deputy M.N.R. (Customs and Excise)*, A-47-97, Desjardins J.A., judgment dated 4/11/98 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 8/7/99.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1996] 3 C.F. 373 (1<sup>re</sup> inst.), a été confirmée en appel (A-389-96). Les motifs du jugement qui ont été prononcés le 25-6-99, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 127 (C.A.), a été infirmé par une décision en date du 9-7-99, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1999] 1 C.F. 113 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 8-7-99.

*Nalley's Canada Ltd. c. Sous-ministre M.R.N. (Douanes et accise)*, A-47-97, le juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 4-11-98 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 8-7-99.



**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1999, Vol. 3, Part 1**

**1999, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**



IMM-3814-98  
**Arshad Mahmood Chaudhry** (*Applicant*)

v.

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

IMM-3813-98  
**Zafar Iqbal Shouq** (*Applicant*)

v.

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

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

Trial Division, Evans J.—Winnipeg, January 15;  
 Ottawa, March 8, 1999.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Applicant, citizen of Pakistan, convicted of trafficking in narcotic, ordered deported — Seeking order requiring Adjudication Division to review reasons for continued detention under Immigration Act, s. 103(6) — Person subject to order under s. 105(1) could be “detained” pursuant to Immigration Act, s. 103(6) — S. 103(6) providing important procedural protections when examination, inquiry, removal cannot take place promptly — Should be interpreted to protect liberty of person, to provide for review by Adjudication Division of reasons for continuation of s. 105(1) order — Detention review of order not required until convict eligible for day parole, unescorted temporary absence (UTA).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Legal Rights — Whether depriving convict of eligibility for day parole, unescorted temporary absence detention, imprisonment within meaning of Charter, s. 9 — Person subject to s. 105(1) detained pursuant to Immigration Act, also “detained or imprisoned” under Charter, s. 9 — To establish violation of s. 9, applicant must show detention, imprisonment arbitrary — Inmate subject to s. 105(1) order arbitrarily detained if reasons for continuation of order not subject to review by Adjudication Division.*

IMM-3814-98  
**Arshad Mahmood Chaudhry** (*demandeur*)

c.

**Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration**  
 (*défendeur*)

IMM-3813-98  
**Zafar Iqbal Shouq** (*demandeur*)

c.

**Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration**  
 (*défendeur*)

*RÉPERTORIÉ: CHAUDHRY c. CANADA (MINISTRE DE LA  
 CITOYENNETÉ ET DE L’IMMIGRATION) (1<sup>e</sup> INST.)*

Section de première instance, juge Evans—Winnipeg,  
 15 janvier; Ottawa, 8 mars 1999.

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Le demandeur, un citoyen du Pakistan, a été reconnu coupable de trafic de stupéfiants et une mesure d’expulsion a été prise contre lui — Il a sollicité une ordonnance enjoignant à la section d’arbitrage d’examiner les motifs de prolongation de la garde en application de l’art. 103(6) de la Loi — La personne qui est visée par l’ordre prévu à l’art. 105(1) peut être «gardée» au sens de l’art. 103(6) de la Loi sur l’immigration — L’art. 103(6) accorde des protections procédurales importantes lorsque l’interrogatoire, l’enquête ou le renvoi ne peuvent avoir lieu à bref délai — Il devrait être interprété de façon à protéger la liberté de la personne et à prévoir l’examen par la section d’arbitrage des motifs qui pourraient justifier la prorogation de l’ordre prévu à l’art. 105(1) — L’examen de l’ordre n’est requis qu’au moment où le détenu devient admissible à la semi-liberté ou à des sorties sans surveillance.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Garanties juridiques — Le fait de priver un détenu de son admissibilité à la semi-liberté ou aux sorties sans surveillance constitue-t-il un emprisonnement au sens de l’art. 9 de la Charte? — Une personne visée par l’ordre prévu à l’art. 105(1) est gardée conformément à la Loi sur l’immigration et est également «détenue ou emprisonnée» en application de l’art. 9 de la Charte — Afin d’établir que l’art. 9 a été violé, le demandeur doit démontrer que la détention ou l’emprisonnement était arbitraire — Le détenu qui est visé par l’ordre prévu à l’art. 105(1) serait arbitrairement détenu si les motifs justifiant la prorogation de l’ordre ne pouvaient pas être examinés par la section d’arbitrage.*

*Parole — Convict, citizen of Pakistan whose visitor status had expired, serving sentence for drug trafficking — Deportation ordered — Arrest, detention warrant issued under Immigration Act, s. 103(1) — Order under Act, s. 105 for delivery into custody of immigration officer upon sentence expiration rendering convict ineligible for day parole, UTA — Parliament having created statutory eligibility for parole, denial of right to be considered for parole may constitute detention, convict having to serve sentence under more restrictive conditions than general population — Detention arbitrary absent s. 103(6) review by IRB's Adjudication Division.*

These were applications for judicial review of a decision of the Immigration and Refugee Board in which the Adjudicator stated that he had no jurisdiction “unilaterally to order a detention review” under subsection 103(6) of the *Immigration Act* in the absence of a request by a senior immigration officer. The applicant, a citizen of Pakistan, entered Canada in July 1993 as an undocumented visitor. In October 1994 he was convicted on two counts of trafficking in a narcotic and was sentenced to 14 years’ imprisonment on both counts. In March 1995 he was ordered deported, and a month later a warrant for his arrest and detention was issued under subsection 103(1) of the *Immigration Act*. At the same time an order was made under subsection 105(1) of the Act directing the person in charge of the institution where the applicant was incarcerated to detain him until the expiration of his sentence, and then to deliver him into the custody of an immigration officer. The purpose of such order is to prevent the convict from evading removal from Canada once released from the institution. The respondent argued that the applicant had no right to have the reasons for the continuation of a subsection 105(1) order reviewed by the Adjudication Division, or by any other independent quasi-judicial body. The following issues were raised herein: (1) whether a non-citizen who is serving sentence and is subject to an order under subsection 105(1) of the *Immigration Act*, and thereby ineligible to be considered for day release or unescorted temporary absence, is “detained pursuant to the [Immigration] Act . . . for removal”, and thus entitled to a detention review under subsection 103(6) of the Act; (2) if not, whether the person is arbitrarily detained contrary to section 9 of the Charter or deprived of the right to equality on the ground of nationality contrary to section 15 of the Charter; (3) whether a person subject to a section 105 order prior to its amendment in 1995 is eligible for day parole or an unescorted temporary absence.

*Libération conditionnelle — Le détenu, un citoyen du Pakistan dont le visa de visiteur était expiré, purgeait une peine pour trafic de stupéfiants — Une mesure d’expulsion a été prise contre lui — Un mandat d’arrestation a été délivré en vertu de l’art. 103(1) de la Loi sur l’immigration — L’ordre fondé sur l’art. 105 de remettre le détenu à un agent d’immigration en vue de son placement sous garde à l’expiration de sa peine l’empêche d’être admissible à la semi-liberté ou d’être autorisé à sortir sans surveillance — Le législateur a reconnu l’admissibilité à la libération conditionnelle et la dénégation du droit d’un détenu de faire examiner son cas aux fins de la libération conditionnelle peut être assimilée à la détention parce que le détenu doit purger sa peine dans des conditions plus strictes que celles qui s’appliquent d’une façon générale aux autres détenus — La détention est arbitraire si la section d’arbitrage de la CISR ne procède pas à un examen fondé sur l’art. 103(6).*

Il s’agit de demandes de contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié dans laquelle l’arbitre a déclaré qu’il n’avait pas compétence «pour ordonner unilatéralement l’examen des motifs de la garde» en vertu du paragraphe 103(6) de la *Loi sur l’immigration* en l’absence d’une demande d’un agent principal. Le demandeur, qui est citoyen pakistanais, est entré au Canada en juillet 1993 à titre de visiteur sans documents. En octobre 1994, il a été reconnu coupable de deux chefs de trafic de stupéfiants et a été condamné sous les deux chefs à une peine d’emprisonnement de 14 ans. En mars 1995, une mesure d’expulsion a été prise contre lui et, un mois plus tard, un mandat d’arrestation a été délivré en vertu du paragraphe 103(1) de la *Loi sur l’immigration*. Simultanément, il a été ordonné, en vertu du paragraphe 105(1) de la Loi, au directeur de l’établissement où le demandeur était incarcéré de continuer à détenir celui-ci jusqu’à l’expiration de sa peine et de le remettre à un agent d’immigration en vue de son placement sous garde. Cet ordre vise à empêcher le détenu de se dérober à son renvoi du Canada après sa mise en liberté. Le défendeur prétend que le demandeur n’a pas le droit de faire examiner les motifs de la prorogation de l’ordre prévu au paragraphe 105(1) par la section d’arbitrage ou par un autre organisme quasi judiciaire indépendant. Les questions suivantes ont été soulevées en l’espèce: 1) un non-citoyen qui purge une peine et qui est visé par un ordre prévu au paragraphe 105(1) de la *Loi sur l’immigration* et dont le cas ne peut donc pas être examiné aux fins de la semi-liberté ou d’une sortie sans surveillance est-il gardé aux fins du renvoi conformément à la *Loi sur l’immigration* de sorte qu’il a droit à une révision des motifs de la garde en vertu du paragraphe 103(6) de la Loi? 2) si tel n’est pas le cas, cette personne est-elle arbitrairement détenue en violation de l’article 9 de la Charte et privé du droit à l’égalité sans discrimination fondée sur sa nationalité garanti par l’article 15 de la Charte? 3) une personne qui est visée par l’ordre prévu à l’article 105 tel qu’il existait avant d’être modifié en 1995 est-elle admissible à la semi-liberté ou peut-elle être autorisée à sortir sans surveillance?

*Held*, the applications should be allowed.

(1) The first issue was whether an order made under subsection 105(1) of the *Immigration Act* can be said to “detain” the applicant within the meaning of subsection 103(6). The fact that the applicant was detained pursuant to the sentence imposed when he was convicted of a criminal offence does not necessarily prevent him from also being detained under the *Immigration Act*. The only effect of a subsection 105(1) order is to remove the applicant’s eligibility to be considered for day parole or an unescorted temporary absence. While less oppressive than segregation (considered in “prison within a prison” cases), to be ineligible for day parole and unescorted temporary absence is a serious matter, these being tools for rehabilitating offenders and assisting their reintegration into society. The conclusion that the making of a subsection 105(1) order constitutes detaining the person against whom it is made is supported by the language of the subsection itself, in that the order to the institutional head directs that “the person continue to be detained”. Accordingly, a person against whom such an order is made is “detained pursuant to the Act” for the purpose of subsection 103(6). This subsection provides important procedural protections when the examination, inquiry or removal cannot take place promptly. The fact that it was enacted prior to section 105 does not necessarily mean that it cannot now be interpreted as providing detention review for those detained under subsection 105(1). Subsection 103(6) should be interpreted as providing for the review by the Adjudication Division of the reasons for the continuation of the order, and hence of the person’s detention. Detaining a person in “a prison within a prison” without a hearing before or after the order is made would breach section 9 of the Charter. Any ambiguity in subsection 103(6) should be resolved in a manner that renders it constitutional. A detention review of an order made under subsection 105(1) would not be triggered until the individual became eligible for day parole or an unescorted temporary absence. The remedy granted was a declaratory order that a person against whom a subsection 105(1) order has been issued is detained within the meaning of subsection 103(6) of the *Immigration Act*, and that the review provisions of that section apply to orders made under subsection 105(1).

(2) It was argued that depriving an inmate of eligibility for day parole or unescorted temporary absence amounts to detention or imprisonment within the meaning of section 9 of the Charter. The interpretation of Charter rights should be informed, if not always determined conclusively, by the common law. The interest protected by section 9 should not be less than that protected by *habeas corpus*, a writ that has been so closely linked to ensuring that individuals are not unlawfully deprived of liberty of the person that its previ-

*Jugement*: les demandes sont accueillies.

1) La première question litigieuse était de savoir s’il est possible de dire que par suite de l’ordre visé au paragraphe 105(1) de la *Loi sur l’immigration*, le demandeur est «gardé» au sens du paragraphe 103(6). Le fait que le demandeur est détenu à cause de la peine qui lui a été infligée lorsqu’il a été reconnu coupable de l’infraction criminelle ne l’empêche pas nécessairement d’être également gardé en vertu de la *Loi sur l’immigration*. L’ordre prévu au paragraphe 105(1) a uniquement pour effet d’empêcher l’examen du cas du demandeur aux fins de la semi-liberté ou des sorties sans surveillance. Même si cela n’est pas aussi accablant que l’isolement (examiné dans les décisions portant sur les «prison[s] dans [les] prison[s]»), le fait d’être inadmissible à la semi-liberté et aux sorties sans surveillance est une question sérieuse, étant donné que ces mesures sont des outils favorisant la réadaptation des délinquants et leur réinsertion sociale. La conclusion selon laquelle un ordre prévu au paragraphe 105(1) entraîne la garde de la personne visée est étayée par le libellé de la disposition, en ce sens qu’on ordonne au directeur de l’établissement «de continuer à la détenir». Par conséquent, la personne concernée est «gardée» aux fins du paragraphe 103(6) de la Loi. Ce paragraphe accorde des protections procédurales importantes lorsque l’interrogatoire, l’enquête ou le renvoi ne peuvent pas avoir lieu à bref délai. Le fait qu’il a été édicté avant l’article 105 ne veut pas nécessairement dire qu’il ne peut pas maintenant être interprété comme prévoyant un examen dans le cas des personnes gardées en vertu du paragraphe 105(1). Le paragraphe 103(6) devrait être interprété de façon à prévoir l’examen par la section d’arbitrage des motifs qui pourraient justifier la prorogation de l’ordre et par conséquent de la garde. Garder une personne «en prison dans une prison» sans tenir d’audience soit avant soit après que l’ordre a été donné constituerait une violation de l’article 9 de la Charte. Toute ambiguïté à laquelle donne lieu le paragraphe 103(6) devrait être résolue de façon à rendre la disposition constitutionnelle. L’examen de l’ordre prévu au paragraphe 105(1) ne serait effectué qu’au moment où l’individu devient admissible à la semi-liberté ou à des sorties sans surveillance. La réparation accordée est une ordonnance déclaratoire portant qu’une personne visée par l’ordre prévu au paragraphe 105(1) est gardée conformément au paragraphe 103(6) de la *Loi sur l’immigration* et que les dispositions de ce paragraphe relatives à l’examen s’appliquent aux ordres prévus au paragraphe 105(1).

2) Il est soutenu que le fait de priver un détenu de son admissibilité à la semi-liberté ou aux sorties sans surveillance équivaut à une détention ou à un emprisonnement au sens de l’article 9 de la Charte. L’interprétation des droits reconnus par la Charte devrait être éclairée, sinon toujours déterminée d’une façon concluante par la common law. Le droit protégé par l’article 9 ne devrait pas être moins étendu que le droit protégé par le bref d’*habeas corpus*, qui a été si étroitement lié à l’idée selon laquelle les individus ne

ously quasi-constitutional status has been given a formal constitutional foundation by paragraph 10(c) of the Charter. A person subject to a subsection 105(1) order is detained pursuant to the *Immigration Act* and is also "detained or imprisoned" for the purpose of section 9 of the Charter. In order to establish a violation of section 9, the applicant must also show that the detention or imprisonment was arbitrary. An inmate who is the subject of a subsection 105(1) order would be arbitrarily detained if the reasons for the continuation of the order were not subject to any review by the Adjudication Division. Even though Parliament may not be constitutionally required to provide for parole, once it has created a statutory eligibility for parole, denial of the statutory right to be considered for it may constitute a detention because it causes the person concerned to serve his sentence under significantly more restrictive conditions than those applicable to the general inmate population. And if that right is removed without any kind of hearing or a review of its continuation, then the person's detention is arbitrary. Hence, a review by the Adjudication Division as soon as practicable after the order removed the inmate's eligibility, and every six months thereafter, would suffice to prevent the detention from being arbitrary. Since the right to enter, remain in and leave Canada is limited by section 6 of the Charter to Canadian citizens, courts have not subjected provisions of the *Immigration Act* to review under section 15 of the Charter on the ground that they discriminate on account of nationality. The function of subsection 105(1) of the Act is to ensure that those against whom orders are made appear for an examination or inquiry that may lead to their removal from Canada, or for the removal itself. This provision is therefore part of "a deportation scheme" and not subject to a section 15 review.

(3) The order made against the second applicant, Mr. Shouq, under the former section 105 of the Act was not replaced automatically with a new order by the enactment of the current subsection 105(1), nor was any new order in fact made. For these reasons, Mr. Shouq was eligible for parole and unescorted temporary absence. Questions were certified under subsection 83(1) of the Act.

#### 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], ss. 1, 6, 9, 10(c), 15.

doivent pas illicitement être privés de leur liberté que son ancien statut quasi constitutionnel a été officiellement reconnu sur le plan constitutionnel par l'alinéa 10c) de la Charte. Une personne visée par l'ordre prévu au paragraphe 105(1) est gardée conformément à la *Loi sur l'immigration* et est également «détenue ou emprisonnée» aux fins de l'article 9 de la Charte. Afin d'établir que l'article 9 a été violé, le demandeur doit également démontrer que la détention ou l'emprisonnement était arbitraire. Le détenu qui est visé par l'ordre prévu au paragraphe 105(1) serait arbitrairement détenu si les motifs justifiant la prorogation de l'ordre ne pouvaient pas être examinés par la section d'arbitrage. Même si le législateur n'est peut-être pas constitutionnellement tenu de prévoir la libération conditionnelle, une fois qu'il a reconnu l'admissibilité à la libération conditionnelle, la dénégation du droit légal d'un détenu de faire examiner son cas aux fins de la libération conditionnelle peut constituer une détention parce que la personne concernée doit purger sa peine dans des conditions beaucoup plus strictes que celles qui s'appliquent d'une façon générale aux autres détenus. Et si ce droit est annulé sans qu'une audience soit tenue ou sans qu'un examen soit effectué, la détention est arbitraire. Par conséquent, pour que la détention ne soit pas arbitraire, il suffirait que la section d'arbitrage effectue un examen aussitôt que possible après l'ordre entraînant l'inadmissibilité du détenu, et tous les six mois par la suite. Étant donné que le droit d'entrer et de demeurer au Canada et le droit de quitter le Canada s'applique uniquement aux citoyens canadiens en vertu de l'article 6 de la Charte, les tribunaux n'ont pas assujéti les dispositions de la *Loi sur l'immigration* à un contrôle en vertu de l'article 15 de la Charte pour le motif que ces dispositions constituent de la discrimination fondée sur la nationalité. Le paragraphe 105(1) de la Loi vise à faire en sorte que les personnes visées par un ordre comparaissent à un interrogatoire ou à une enquête susceptibles d'entraîner leur renvoi du Canada, ou obtempèrent à la mesure de renvoi elle-même. Cette disposition fait donc partie d'un régime d'expulsion et n'est pas assujéti à un contrôle en vertu de l'article 15.

3) L'ordre auquel le deuxième demandeur, M. Shouq, était assujéti en vertu de l'ancien article 105 de la Loi n'a pas été automatiquement remplacé par un nouvel ordre par suite de l'adoption de la version actuelle du paragraphe 105(1), et en fait aucun nouvel ordre n'a été donné. Pour ces motifs, M. Shouq est admissible à la semi-liberté et aux sorties sans surveillance. Des questions ont été certifiées conformément au paragraphe 83(1) de la Loi.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 6, 9, 10c), 15.

*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, ss. 100, 102, 115 (as am. by S.C. 1995, c. 42, ss. 31, 69; 1997, c. 17, s. 19), 116, 119 (as am. by S.C. 1995, c. 22, ss. 13, 18; c. 42, ss. 33, 69; 1997, c. 17, s. 20), 128(3) (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 42).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 37 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 26), 50(2), 83(1) (as am. *idem*, s. 73), 103(1) (as am. *idem*, s. 94; 1995, c. 15, s. 19), (3) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 28, s. 27; S.C. 1992, c. 49, s. 94), (6) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 19), (7) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 94), 105(1) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 20), (2) (as am. *idem*).  
*Immigration Act*, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, s. 104(3)(b).  
*Immigration Regulations*, 1978, SOR/78-172, s. 19(4)(k)(iv) (as am. by SOR/84-849, s. 1).  
*Prisons and Reformatories Act*, R.S.C., 1985, c. P-20.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).  
*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 100, 102 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 27), 115 (mod., *idem*, art. 31, 71; 1997, ch. 17, art. 19), 116 (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 58; 1995, ch. 42, art. 32, 71), 119 (mod. par L.C. 1995, ch. 22, art. 13, 18; ch. 42, art. 33; 1997, ch. 17, art. 20), 128(3) (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 42).  
*Loi sur les prisons et les maisons de correction*, L.R.C. (1985), ch. P-20.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 37 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 26), 50(2), 83(1) (mod., *idem*, art. 73), 103(1) (mod., *idem*, art. 94; 1995, ch. 15, art. 19), (3) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 27; L.C. 1992, ch. 49, art. 94), (6) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 94; 1995, ch. 15, art. 19), (7) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 94), 105 (mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 35), (1) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 20), (2) (mod., *idem*).  
*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 104(3)(b).  
*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 19(4)(k)(iv) (mod. par DORS/84-849, art. 1).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161; *Webb v. British Columbia (Director, Lower Mainland Regional Correction Centre)* (1988), 51 D.L.R. (4th) 726; 26 B.C.L.R. (2d) 354; 42 C.C.C. (3d) 267; 35 C.R.R. 173 (C.A.); *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; *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353.

## REFERRED TO:

*R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; (1988), 31 O.A.C. 81; 45 C.C.C. (3d) 204; 66 C.R. (3d) 193; 89 N.R. 161; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; (1993), 110 D.L.R. (4th) 470; 19 C.R.R. (2d) 1; [1994] 1 C.T.C. 40; 94 DTC 6001; 161 N.R. 243; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161; *Webb v. British Columbia (Director, Lower Mainland Regional Correction Centre)* (1988), 51 D.L.R. (4th) 726; 26 B.C.L.R. (2d) 354; 42 C.C.C. (3d) 267; 35 C.R.R. 173 (C.A.); *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; *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353.

## DÉCISIONS CITÉES:

*R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; (1988), 31 O.A.C. 81; 45 C.C.C. (3d) 204; 66 C.R. (3d) 193; 89 N.R. 161; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; (1993), 110 D.L.R. (4th) 470; 19 C.R.R. (2d) 1; [1994] 1 C.T.C. 40; 94 DTC 6001; 161 N.R. 243; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81.

APPLICATIONS for judicial review of a decision by the Adjudication Division of the Immigration and Refugee Board stating that it had no jurisdiction “unilaterally to order a detention review” under subsection 103(6) of the *Immigration Act* in the absence of a request by a senior immigration officer. Applications allowed.

APPEARANCES:

*David Matas* for applicants.  
*Joel Katz* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*David Matas*, Winnipeg, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

EVANS J.:

A. INTRODUCTION

[1] These applications for judicial review under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, as amended, were heard together pursuant to an order of MacKay J. dated November 18, 1998. There are few differences in the material facts and legal issues of the two cases. In the interest of simplicity, these reasons are based on the facts germane to the application of Mr. Chaudhry (hereinafter the applicant), but they are equally applicable to both cases. I deal subsequently with the point that is peculiar to the case of Mr. Shouq.

[2] The subject of the application is a decision by Mr. Tetreault of the Immigration and Refugee Board (Adjudication Division) (hereinafter the Adjudication Division) contained in a letter dated July 14, 1998. It was addressed to counsel for the applicant and was written in response to a letter from him dated June 2, 1998. Mr. Tetreault stated in the letter that he had no

DEMANDES de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section d'arbitrage de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a déclaré qu'elle n'avait pas compétence «pour ordonner unilatéralement l'examen des motifs de la garde» en vertu du paragraphe 103(6) de la *Loi sur l'immigration* en l'absence d'une demande d'un agent principal. Demandes accueillies.

ONT COMPARU:

*David Matas* pour les demandeurs.  
*Joel Katz* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*David Matas*, Winnipeg, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

LE JUGE EVANS:

A. INTRODUCTION

[1] Ces demandes de contrôle judiciaire, qui sont fondées sur l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, dans sa forme modifiée, ont été entendues ensemble conformément à une ordonnance rendue par le juge MacKay le 18 novembre 1998. Il y a de légères différences entre les faits importants et les questions de droit se rapportant à chaque affaire. Pour simplifier les choses, ces motifs sont fondés sur les faits qui se rapportent à la demande de M. Chaudhry (ci-après le demandeur), mais ils s'appliquent aux deux affaires. J'examinerai subséquemment le point propre à l'affaire de M. Shouq.

[2] La demande découle d'une décision prise par M. Tetreault, de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (section d'arbitrage) (ci-après la section d'arbitrage), figurant dans une lettre datée du 14 juillet 1998. Cette lettre, qui était adressée à l'avocat du demandeur, a été rédigée en réponse à une lettre que celui-ci avait envoyée le 2 juin 1998. Dans

jurisdiction “unilaterally to order a detention review” under subsection 103(6) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as amended [by S.C. 1995, c. 15, s. 19] in the absence of a request by a senior immigration officer. Since no such request had been made with respect to the applicant, the Adjudicator stated that he was unable to review the reasons for the continuation of the applicant’s detention.

[3] The applicant seeks an order requiring the Adjudication Division to conduct such a review, as he alleges is required by law, and an ancillary order requiring the Minister of Citizenship and Immigration (hereinafter the respondent) to request the Adjudication Division to review the reasons for the applicant’s continued detention. Counsel for the applicant, Mr. Matas, maintains that this review is mandated by either subsection 103(6) of the *Immigration Act* properly interpreted or, in the alternative, by sections 9 and 15 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]].

## B. BACKGROUND

[4] The applicant, a citizen of Pakistan, entered Canada in July 1993 as an undocumented visitor and remained without authorization after his visitor status expired in December of that year. In October 1994 he was convicted on two counts of trafficking in a narcotic and was sentenced to 14 years’ imprisonment on both counts, which he is serving at Stony Mountain Penitentiary.

[5] On the basis of these facts, and following an inquiry, on March 29, 1995 the applicant was ordered deported. On April 19, 1995 a warrant for his arrest and detention was issued under subsection 103(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 94] of the *Immigration Act*. According to a letter of September 29, 1997, written by C. Marchand of the Canada Immigration Centre (Winnipeg), the warrant was issued because there were concerns about whether the applicant would otherwise appear for his removal.

sa lettre, M. Tetreault déclarait qu’il n’avait pas compétence [TRADUCTION] «pour ordonner unilatéralement l’examen des motifs de la garde» en vertu du paragraphe 103(6) de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, dans sa forme modifiée [par L.C. 1992, ch. 49, art. 94; 1995, ch. 15, art. 19], en l’absence d’une demande d’un agent principal. Étant donné qu’aucune demande n’avait été faite à l’égard du demandeur, l’arbitre a déclaré qu’il ne pouvait pas examiner les motifs de prolongation de la garde.

[3] Le demandeur sollicite une ordonnance enjoignant à la section d’arbitrage d’effectuer pareil examen, comme l’exige la loi selon lui, ainsi qu’une ordonnance accessoire enjoignant au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration (ci-après le défendeur) de demander à la section d’arbitrage d’examiner les motifs de prolongation de la garde. L’avocat du demandeur, M<sup>c</sup> Matas, maintient que le paragraphe 103(6) de la *Loi sur l’immigration*, s’il est interprété de la façon appropriée, exige cet examen, ou subsidiairement que les articles 9 et 15 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<sup>o</sup> 44]] l’exigent.

## B. HISTORIQUE

[4] Le demandeur, qui est citoyen pakistanais, est entré au Canada en juillet 1993 à titre de visiteur sans documents; il est demeuré au Canada sans autorisation lorsque son visa a expiré en décembre de cette année-là. En octobre 1994, il a été reconnu coupable de deux chefs de trafic de stupéfiants et a été condamné sous les deux chefs à une peine d’emprisonnement de 14 ans qu’il purge au pénitencier de Stony Mountain.

[5] Compte tenu de ces faits et à la suite d’une enquête, une mesure d’expulsion a été prise contre le demandeur le 29 mars 1995. Le 19 avril 1995, un mandat d’arrestation a été délivré en vertu du paragraphe 103(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 94] de la *Loi sur l’immigration*. Selon une lettre datée du 29 septembre 1997, rédigée par C. Marchand, du Centre d’Immigration du Canada (Winnipeg), le mandat a été délivré parce que l’on craignait que le demandeur n’obtempère pas à la mesure de renvoi.

[6] On the day that the warrant was issued an order was also made under section 105 [now subsection 105(1) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 20)] of the *Immigration Act* directing the person in charge of the institution where the applicant was incarcerated to detain him until the expiration of his sentence, or until the expiration of the sentence as reduced by operation of law or by an act of clemency, and to deliver him into the custody of an immigration officer. The purpose of this latter order is to ensure that a person who has been ordered deported and is the subject of a warrant of arrest does not go free after serving a sentence, but is delivered up to an immigration officer in order to prevent his evading removal.

[7] In this case, however, the more important aspect of the making of an order under subsection 105(1) is that, by providing that “Notwithstanding the *Corrections and Conditional Release Act*” a person against whom an order is made under the subsection remains incarcerated until the expiration of his or her sentence, subsection 105(1) renders the person concerned ineligible for release on day parole or on an unescorted temporary absence pursuant to sections 102 and 116 of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, as amended. This is confirmed in a letter dated September 18, 1997 from the National Parole Board to the applicant. Moreover, and this is the nub of the case, on the view taken by the respondent the applicant has no right to have the reasons for the continuation of a subsection 105(1) order reviewed by the Adjudication Division, or by any other quasi-judicial body that is independent of the respondent.

### C. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[8] The following sections of the *Immigration Act* are central to the disposition of this application for judicial review. I have underlined the parts of these provisions that are of the most immediate relevance [ss. 103(1) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 19), (3) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 27; S.C.

[6] Le jour où le mandat a été délivré, il a également été ordonné, en vertu de l'article 105 [mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 35] [maintenant le paragraphe 105(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 20)] de la *Loi sur l'immigration*, au directeur de l'établissement où le demandeur était incarcéré, de continuer à détenir celui-ci jusqu'à l'expiration de sa peine, compte tenu des éventuelles réductions légales de peine ou des mesures de clémence et de le remettre à un agent d'immigration en vue de son placement sous garde. Ce dernier ordre vise à faire en sorte qu'une personne qui fait l'objet d'une mesure d'expulsion et qui est assujettie à un mandat d'arrestation ne soit pas mise en liberté après avoir purgé sa peine, mais qu'elle soit remise à un agent d'immigration de façon à l'empêcher de se dérober à son renvoi.

[7] Toutefois, dans ce cas-ci, l'aspect le plus important de l'ordre prévu au paragraphe 105(1) est qu'en prévoyant que «[p]ar dérogation à la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*» la personne concernée continue à être incarcérée jusqu'à l'expiration de sa peine, le paragraphe 105(1) empêche cette personne d'être admissible à la semi-liberté ou d'être autorisée à sortir sans surveillance conformément aux articles 102 [mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 27] et 116 [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 58; 1995, ch. 42, art. 32, 71] de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, dans sa forme modifiée. La chose est confirmée dans une lettre du 18 septembre 1997 que la Commission nationale des libérations conditionnelles a envoyée au demandeur. En outre, et c'est le nœud du litige, le demandeur n'a pas le droit, selon le défendeur, de faire examiner les motifs de la prolongation ordonnée en vertu du paragraphe 105(1) par la section d'arbitrage ou par un autre organisme quasi judiciaire ne relevant pas du défendeur.

### C. LE CADRE LÉGISLATIF

[8] Les dispositions suivantes de la *Loi sur l'immigration* sont essentielles au règlement de la présente demande de contrôle judiciaire. J'ai souligné les passages de ces dispositions qui sont les plus pertinents [art. 103(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 19), (3) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28,

1992, c. 49, s. 94), (6) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 19), (7) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 94), 105(1) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 20), (2) (as am. *idem*):

103. (1) The Deputy Minister or a senior immigration officer may issue a warrant for the arrest and detention of any person where

(a) an examination or inquiry is to be held, a decision is to be made pursuant to subsection 27(4) or a removal order or conditional removal order has been made with respect to the person; and

(b) in the opinion of the Deputy Minister or that officer, there are reasonable grounds to believe that the person poses a danger to the public or would not appear for the examination, inquiry or proceeding in relation to the decision or for removal from Canada.

...

(3) Where an inquiry is to be held or is to be continued with respect to a person or a removal order or conditional removal order has been made against a person, an adjudicator may make an order for

(a) the release from detention of the person, subject to such terms and conditions as the adjudicator deems appropriate in the circumstances, including the payment of a security deposit or the posting of a performance bond;

(b) the detention of the person where, in the opinion of the adjudicator, the person is likely to pose a danger to the public or is not likely to appear for the inquiry or its continuation or for removal from Canada; or

(c) the imposition of such terms and conditions as the adjudicator deems appropriate in the circumstances, including the payment of a security deposit or the posting of a performance bond.

...

(6) Where any person is detained pursuant to this Act for an examination, inquiry or removal and the examination, inquiry or removal does not take place within forty-eight hours after that person is first placed in detention, or where a decision has not been made pursuant to subsection 27(4) within that period, that person shall be brought before an adjudicator forthwith and the reasons for the continued detention shall be reviewed, and thereafter that person shall be brought before an adjudicator at least once during the seven days immediately following the expiration of the forty-eight hour period and thereafter at least once during each thirty day period following each previous review, at which times the reasons for continued detention shall be reviewed.

art. 27; L.C. 1992, ch. 49, art. 94), (6) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 94; 1995, ch. 15, art. 19), (7) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 94), 105(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 20), (2) (mod., *idem*):

103. (1) Le sous-ministre ou l'agent principal peut lancer un mandat d'arrestation contre toute personne qui doit faire l'objet d'un interrogatoire, d'une enquête ou d'une décision de l'agent principal aux termes du paragraphe 27(4), ou qui est frappée par une mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel, lorsqu'il croit, pour des motifs raisonnables, qu'elle constitue une menace pour la sécurité publique ou qu'elle ne comparaitra pas, ou n'obtempérera pas à la mesure de renvoi.

[. . .]

(3) Dans le cas d'une personne devant faire l'objet d'une enquête ou d'une enquête complémentaire ou frappée par une mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel, l'arbitre peut ordonner:

a) soit de la mettre en liberté, aux conditions qu'il juge indiquées en l'espèce, notamment la fourniture d'un cautionnement ou d'une garantie de bonne exécution;

b) soit de la faire garder, s'il croit qu'elle constitue vraisemblablement une menace pour la sécurité publique ou qu'à défaut de cette mesure, elle se dérobera vraisemblablement à l'enquête ou à sa reprise ou n'obtempérera pas à la mesure de renvoi;

c) soit de fixer les conditions qu'il juge indiquées en l'espèce, notamment la fourniture d'un cautionnement ou d'une garantie de bonne exécution.

[. . .]

(6) Si l'interrogatoire, l'enquête ou le renvoi aux fins desquels il est gardé n'ont pas lieu dans les quarante-huit heures, ou si la décision n'est pas prise aux termes du paragraphe 27(4) dans ce délai, l'intéressé est amené, dès l'expiration de ce délai, devant un arbitre pour examen des motifs qui pourraient justifier une prolongation de sa garde; par la suite, il comparait devant un arbitre aux mêmes fins au moins une fois:

a) dans la période de sept jours qui suit l'expiration de ce délai;

b) tous les trente jours après l'examen effectué pendant cette période.

(7) Where an adjudicator who conducts a review pursuant to subsection (6) is satisfied that the person in detention is not likely to pose a danger to the public and is likely to appear for an examination, inquiry or removal, the adjudicator shall order that the person be released from detention subject to such terms and conditions as the adjudicator deems appropriate in the circumstances, including the payment of a security deposit or the posting of a performance bond.

...

105. (1) Notwithstanding the *Corrections and Conditional Release Act*, the *Prisons and Reformatories Act* or any Act of a provincial legislature, where a warrant has been issued or an order has been made pursuant to subsection 103(1) or (3) with respect to any person who is incarcerated in any place of confinement pursuant to the order of any court or other body, the Deputy Minister may issue an order to the person in charge of the place directing that

(a) the person continue to be detained until the expiration of the sentence to which the person is subject or until the expiration of the sentence or term of confinement as reduced by the operation of any statute or other law or by an act of clemency; and

(b) the person be delivered, at the expiration of the sentence or term of confinement referred to in paragraph (a), to an immigration officer to be taken into custody.

(2) Nothing in subsection (1) shall limit the authority of any person, pursuant to any Act referred to in that subsection, to grant an escorted temporary absence pursuant to any of those Acts. [Underlining added.]

[9] Two sections of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* may also be relevant to the disposition of this application.

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

...

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

#### D. THE ISSUES

[10] As already indicated, counsel for the applicant rests his case on the interpretation of the relevant provisions of the *Immigration Act* and, in the alternati-

(7) S'il est convaincu qu'il ne constitue vraisemblablement pas une menace pour la sécurité publique et qu'il ne se dérobera vraisemblablement pas à l'interrogatoire, à l'enquête ou au renvoi, l'arbitre chargé de l'examen prévu au paragraphe (6) ordonne la mise en liberté de l'intéressé, aux conditions qu'il juge indiquées en l'espèce, notamment la fourniture d'un cautionnement ou d'une garantie de bonne exécution.

[. . .]

105. (1) Par dérogation à la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* et à la *Loi sur les prisons et maisons de correction* et à toute loi provinciale, si le mandat ou l'ordre prévus aux paragraphes 103(1) ou (3) visent une personne incarcérée dans un lieu de détention en application de l'ordonnance d'un tribunal ou d'un autre organisme, le sous-ministre peut ordonner au gardien, directeur ou responsable de ce lieu:

a) d'une part, de continuer à la détenir jusqu'à l'expiration de sa peine ou de la durée de sa détention, compte tenu des éventuelles réductions légales de peine ou des mesures de clémence;

b) d'autre part, de la remettre par la suite à un agent d'immigration en vue de son placement sous garde.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'empêcher toute personne autorisée en vertu des lois qui y sont mentionnées à autoriser la sortie sous surveillance de personnes incarcérées conformément à ces lois. [Soulignements ajoutés.]

[9] Deux dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* peuvent également être pertinentes aux fins du règlement de la demande.

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

[. . .]

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

#### D. LES QUESTIONS EN LITIGE

[10] Comme je l'ai déjà mentionné, l'avocat du demandeur fonde sa cause sur l'interprétation des dispositions pertinentes de la *Loi sur l'immigration* et

ve, on sections 9 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The issues raised are as follows.

1. Is a non-citizen, incarcerated following a criminal conviction, who is the subject of an order under subsection 105(1) of the *Immigration Act*, and consequently ineligible to be considered by the National Parole Board for day release or an unescorted temporary absence, thereby “detained pursuant to the [Immigration] Act . . . for removal”, and thus entitled to a review of the reasons for the continuation of the detention under subsection 103(6) of the Act?
2. If such a person is not so entitled under subsection 103(6), is the person thereby
  - (a) arbitrarily detained contrary to section 9 of the Charter; and
  - (b) deprived of the right to equality without discrimination on the ground of nationality as guaranteed by section 15 of the Charter?
3. Is a person who is subject to an order made under section 105 before it was amended in 1995 eligible for day parole or an unescorted temporary absence?

#### E. ANALYSIS

##### Issue 1

[11] Mr. Matas argued that a person who is the subject of a subsection 105(1) order is in the position of someone who is imprisoned in a cell that has two locks on the door, each with a different key, with no one having both keys. Thus, the National Parole Board holds the key to the grant of day parole and unescorted temporary leaves, but it cannot consider the applicant for these forms of temporary release because subsection 105(1) expressly precludes the applicant’s release prior to the end of his sentence, notwithstanding the *Corrections and Conditional Release Act*. It should be noted here that section 105 ceases to operate when a person is released on full parole, because his sentence has expired: *Corrections and Conditional*

subsidièrement sur les articles 9 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les questions soulevées sont les suivantes:

1. Un non-citoyen incarcéré à la suite d’une condamnation au criminel qui est visé par l’ordre prévu au paragraphe 105(1) de la *Loi sur l’immigration* et dont le cas ne peut donc pas être examiné par la Commission nationale des libérations conditionnelles aux fins de la semi-liberté ou d’une sortie sans surveillance est-il gardé aux fins du renvoi conformément à la *Loi sur l’immigration* de sorte qu’il a droit à un examen des motifs de prolongation de la garde en vertu du paragraphe 103(6) de la Loi?
2. Si pareille personne n’a pas droit à un examen en vertu du paragraphe 103(6), est-elle
  - a) arbitrairement détenue en violation de l’article 9 de la Charte; et
  - b) privée du droit à l’égalité sans discrimination fondée sur sa nationalité garanti par l’article 15 de la Charte?
3. Une personne qui est visée par l’ordre prévu à l’article 105 tel qu’il existait avant d’être modifié en 1995 est-elle admissible à la semi-liberté ou peut-elle être autorisée à sortir sans surveillance?

#### E. ANALYSE

##### Première question

[11] M<sup>c</sup> Matas a soutenu que la personne visée par l’ordre prévu au paragraphe 105(1) est dans la même situation que la personne emprisonnée dans une cellule dont la porte a deux serrures, une clé différente devant être utilisée pour chaque serrure et personne n’ayant les deux clés à la fois. Ainsi, la Commission nationale des libérations conditionnelles a une clé: elle peut accorder la semi-liberté et autoriser des sorties sans surveillance; cependant, elle ne peut pas examiner le cas du demandeur à l’égard de ces formes de mise en liberté temporaire parce que le paragraphe 105(1) interdit expressément la libération du demandeur avant l’expiration de sa peine, et ce, malgré la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous*

*Release Act*, subsection 128(3) [as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 42]. The Adjudication Division, on the other hand, holds the key to a person's release from detention under the *Immigration Act*. However, the respondent has taken the view that an inmate who is subject to a subsection 105(1) order is not eligible for a detention review by the Adjudication Division under subsection 103(6) because the person is not "detained pursuant to [the Immigration] Act".

[12] The question is whether an order made under subsection 105(1) can be said to "detain" the applicant within the meaning of subsection 103(6). Of course, even if the order were lifted, the applicant would still be detained in Stony Mountain, until either the expiry of his sentence, as reduced where applicable, or the National Parole Board exercises its discretion to grant him day parole or an unescorted temporary absence under sections 102 and 116 of the *Corrections and Conditional Release Act*. However, the fact that the applicant is detained pursuant to the sentence imposed when he was convicted of the criminal offence does not necessarily prevent him from also being detained under the *Immigration Act*.

[13] A helpful analogy is provided by *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, where it was held that an inmate of the Institution who had been put into administrative segregation could challenge the legality of that order by a writ of *habeas corpus*, which issues to order the release of a person who is being unlawfully detained, even though, if the writ were granted, the applicant would merely be released into the general penitentiary population. Whether an order has the effect of confining an inmate in a "prison within a prison", so that the individual's liberty of the person is sufficiently constrained as to engage the writ of *habeas corpus*, depends on how much harsher the order makes the

*condition*. Il importe de noter ici que l'article 105 cesse de s'appliquer lorsqu'une personne bénéficie d'une libération conditionnelle totale parce qu'elle a fini de purger sa peine: paragraphe 128(3) [mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 42] de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. D'autre part, la section d'arbitrage a la seconde clé, lorsqu'il s'agit de mettre une personne en liberté en vertu de la *Loi sur l'immigration*. Toutefois, le défendeur a soutenu qu'un détenu qui est visé par l'ordre prévu au paragraphe 105(1) n'a pas droit à un examen des motifs de la garde par la section d'arbitrage en vertu du paragraphe 103(6) parce qu'il n'est pas «gardé» conformément à la *Loi sur l'immigration*.

[12] Il s'agit de savoir s'il est possible de dire que par suite de l'ordre visé au paragraphe 105(1), le demandeur est «gardé» au sens du paragraphe 103(6). Bien sûr, même si l'ordre était annulé, le demandeur serait encore détenu à Stony Mountain jusqu'à l'expiration de sa peine, compte tenu des éventuelles réductions de peine, ou jusqu'à ce que la Commission nationale des libérations conditionnelles exerce son pouvoir discrétionnaire pour lui accorder la semi-liberté ou l'autoriser à sortir sans surveillance en vertu des articles 102 et 116 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Toutefois, le fait que le demandeur est détenu à cause de la peine qui lui a été infligée lorsqu'il a été reconnu coupable de l'infraction criminelle ne l'empêche pas nécessairement d'être également gardé en vertu de la *Loi sur l'immigration*.

[13] On trouve une analogie utile dans l'arrêt *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, où il a été statué qu'un détenu de l'établissement qui avait été mis en isolement préventif pouvait contester la légalité de cette mesure au moyen d'un bref d'*habeas corpus*, ordonnant la libération d'une personne qui est illégalement détenue, même si, dans le cas où le bref serait délivré, le demandeur serait simplement libéré parmi la population générale du pénitencier. La question de savoir si une mesure a pour effet de mettre un détenu «en prison à l'intérieur d'une prison» de façon que sa liberté soit suffisamment limitée pour donner lieu à la délivrance d'un bref d'*habeas corpus* dépend de la

conditions of imprisonment than those under which other inmates serve their sentence. In *Cardinal* it was held that the condition of the appellant's confinement in administrative segregation was sufficiently severe as to constitute a detention and the legality of the order authorizing it was therefore reviewable by *habeas corpus*.

[14] In principle, therefore, it may be possible to say that a person against whom a subsection 105(1) order is made is thereby "detained pursuant to [the Immigration] Act" within the meaning of subsection 103(6). Whether such an order should be so characterized depends on an assessment of the significance of the benefit that it has removed from the applicant, and the degree to which the conditions under which he is consequently required to serve his sentence have been made harsher than those experienced by most other inmates.

[15] On the one hand, it could be said that, since the only effect of the order is to remove the applicant's eligibility to be considered for day parole or an unescorted temporary absence, it cannot be equated with, say, the revocation or even the refusal of these benefits: mere eligibility, after all, is no guarantee that these temporary leaves will in fact be granted. On the other hand, of course, ineligibility ensures that they cannot be.

[16] Moreover, while not perhaps as so obviously oppressive as segregation, to be ineligible for day parole and unescorted temporary absence is a serious matter, since they are regarded as important tools for helping to achieve the statutory purposes of rehabilitating offenders and reintegrating them into society. A person is normally eligible for these forms of temporary release well before being eligible for full parole: see *Corrections and Conditional Release Act*, sections 115 [as am. by S.C. 1995, c. 42, ss. 31, 69; 1997, c. 17, s. 19], 119 [as am. by S.C. 1995, c. 22, ss. 13, 18; c. 42, ss. 33, 69; 1997, c. 17, s. 20].

mesure dans laquelle l'ordre rend encore plus dures les conditions auxquelles le détenu est emprisonné par rapport aux conditions auxquelles les autres détenus purgent leur peine. Dans l'arrêt *Cardinal*, il a été statué que l'isolement préventif de l'appelant était suffisamment dur pour considérer celui-ci comme étant détenu et que la légalité de la mesure autorisant l'isolement était donc susceptible de révision au moyen d'un bref d'*habeas corpus*.

[14] En principe, il est donc possible de dire qu'une personne qui est visée par l'ordre prévu au paragraphe 105(1) est «gardée» au sens du paragraphe 103(6) de la *Loi sur l'immigration*. La question de savoir si pareil ordre doit être ainsi caractérisé dépend de l'évaluation de l'importance des avantages dont le demandeur est privé et de la mesure dans laquelle les conditions auxquelles il est tenu de purger sa peine ont été rendues plus dures que celles auxquelles les autres détenus sont assujettis.

[15] D'une part, il est possible de dire qu'étant donné que l'ordre a uniquement pour effet d'empêcher l'examen du cas du demandeur aux fins de la semi-liberté ou des sorties sans surveillance, cet ordre ne peut pas être assimilé, par exemple, à la révocation de ces avantages ou même au refus d'accorder ces avantages: somme toute, la simple admissibilité ne garantit pas que les sorties seront de fait autorisées. D'autre part, bien sûr, l'inadmissibilité assure qu'elles ne peuvent pas l'être.

[16] En outre, même si cela n'est pas aussi manifestement accablant que l'isolement, le fait d'être inadmissible à la semi-liberté et aux sorties sans surveillance est une question sérieuse, étant donné que ces mesures sont considérées comme des outils importants facilitant la réalisation des objectifs de la loi, soit la réadaptation des délinquants et leur réinsertion sociale. Une personne est normalement admissible à ces formes de mise en liberté temporaire bien avant d'être admissible à la libération totale: voir les articles 115 [mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 31, 71; 1997, ch. 17, art. 19], 119 [mod. par L.C. 1995, ch. 22, art. 13, 18; ch. 42, art. 33; 1997, ch. 17, art. 20] de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*.

[17] For an individual to be deprived of the opportunity of spending time outside the institution in preparation for full parole is surely sufficiently serious to constitute “detention”, especially since the subsection 105(1) order may remain in place for the remainder of the sentence. Again, it may be relevant to observe by way of analogy that the Supreme Court of Canada has held that the legality of a refusal to permit a person to apply for parole has been held to be reviewable by *habeas corpus*: *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595. Escorted temporary absences, on the other hand, have a more limited function, and it is not material for present purposes that those subject to a subsection 105(1) order are still eligible for them by virtue of subsection 105(2).

[18] The conclusion that the making of a subsection 105(1) order constitutes detaining the person against whom it is made is also supported by the language of the subsection itself, in that the order to the institutional head directs that “the person continue to be detained” [underlining added]. Accordingly, a person against whom such an order is made is “detained pursuant to th[e] Act” for the purpose of subsection 103(6). Continuing a person’s detention past a point when it would otherwise have ended, and detaining a person, is, as Mr. Matas maintained, a distinction without a difference. In any event, it is “the reasons for the continued detention” [underlining added] of the individual that are reviewed under subsection 103(6).

[19] In addition, the fact that a subsection 105(1) order may only be made against a person who has been the subject of either a warrant of arrest and detention under subsection 103(1), or a detention order of an adjudicator under paragraph 103(3)(b), provides a critical link between subsections 103(6) and 105(1). This is because arrest and detention warrants and detention orders issued under these subsections are made in respect of persons who are the subject of removal orders, or of examinations or inquiries that may result in their removal. Subsection 103(6) provides for the review of the reasons for the continuing detention pursuant to the Act for “an examination,

[17] Le fait pour un individu d’être privé de la possibilité de passer du temps à l’extérieur de l’établissement en vue de se préparer à la libération totale est certainement suffisamment grave pour qu’il soit possible de dire qu’il est «gardé», compte tenu du fait en particulier que l’ordre prévu au paragraphe 105(1) peut continuer à s’appliquer jusqu’à l’expiration de la peine. Ici encore, il peut être pertinent de faire remarquer par analogie que la Cour suprême du Canada a statué que la légalité d’un refus de permettre à une personne de demander la libération conditionnelle est susceptible de contrôle au moyen d’un bref d’*habeas corpus*: *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595. D’autre part, les sorties sous surveillance ont un but plus restreint, et il importe peu aux fins qui nous occupent que les personnes visées par un ordre prévu au paragraphe 105(1) y soient néanmoins admissibles en vertu du paragraphe 105(2).

[18] La conclusion selon laquelle un ordre prévu au paragraphe 105(1) entraîne la garde de la personne visée est également étayée par le libellé de la disposition, en ce sens qu’on ordonne au directeur de l’établissement «de continuer à la détenir» [soulignement ajouté]. Par conséquent, la personne concernée est «gardée» aux fins du paragraphe 103(6) de la Loi. Continuer à détenir une personne après qu’elle aurait par ailleurs cessé d’être détenue et détenir une personne, c’est, comme M<sup>c</sup> Matas l’a maintenu, faire une distinction qui n’existe pas. Quoi qu’il en soit, ce sont «[l]es motifs qui pourraient justifier une prolongation de sa garde» [soulignement ajouté] qui sont examinés en vertu du paragraphe 103(6).

[19] De plus, le fait que l’ordre prévu au paragraphe 105(1) peut uniquement viser une personne qui a fait l’objet d’un mandat d’arrestation en vertu du paragraphe 103(1) ou d’un ordre de détention donné par un arbitre en vertu de l’alinéa 103(3)b) crée un lien crucial entre les paragraphes 103(6) et 105(1), et ce, parce que les mandats d’arrestation et les ordres de détention prévus dans ces dispositions visent des personnes qui sont frappées par une mesure de renvoi ou qui doivent faire l’objet d’un interrogatoire ou d’une enquête qui peuvent entraîner leur renvoi. Le paragraphe 103(6) prévoit l’examen des motifs qui pourraient justifier une prolongation de la garde aux

inquiry or removal”.

[20] Nonetheless, as Mr. Katz argued on behalf of the respondent, subsection 103(6) would seem to contemplate situations very different from that of deportees who are already imprisoned under a sentence of a court following their convictions for criminal offences. Its provisions are most obviously designed for the person who would otherwise have been at liberty but is detained because there are grounds to believe that the person either poses a danger to the public, or will not appear for an examination, an inquiry or removal.

[21] Subsection 103(6) provides important procedural protections when the examination, inquiry or removal cannot take place promptly. Thus, if the proceeding or the removal does not occur within forty-eight hours, the person is entitled to a detention review “forthwith”, and if it is delayed further, within the next seven days and every thirty days thereafter. Such elaborate provisions would seem an appropriate check on the exercise of a most unusual power, namely the power of administrative officials to detain without a hearing a person who has not been charged with or convicted of a criminal offence, and would otherwise be at liberty.

[22] The history of these sections of the *Immigration Act* confirms that Parliament did not originally intend subsection 103(6) to extend to those who were already incarcerated following criminal convictions. This is obvious from the fact that, in its present form, subsection 103(6) was enacted by S.C. 1992, c. 49, section 94, with a minor amendment enacted by S.C. 1995, c. 15, subsection 19(2), whereas the current section 105 was added later by S.C. 1995, c. 15, section 20, including the provision that the section operates notwithstanding the *Corrections and Conditional Release Act* and the *Prisons and Reformatories Act* [R.S.C., 1985, c. P-20].

[23] In my opinion, however, the fact that subsection 103(6) predated subsection 105 does not necessarily

fins d’un «interrogatoire, [d’une] enquête [ou d’un] renvoi».

[20] Néanmoins, comme M<sup>e</sup> Katz l’a soutenu pour le compte du défendeur, le paragraphe 103(6) semblerait se rapporter à des situations fort différentes de celle de la personne faisant l’objet d’une mesure d’expulsion qui purge déjà une peine d’emprisonnement après avoir été condamnée au criminel. Les dispositions en question s’appliquent manifestement à la personne qui serait par ailleurs en liberté, mais qui est gardée parce qu’il existe des motifs de croire qu’elle constitue une menace pour la sécurité publique ou qu’elle se dérobera à un interrogatoire ou à une enquête ou n’obtempérera pas à la mesure de renvoi.

[21] Le paragraphe 103(6) accorde des protections procédurales importantes lorsque l’interrogatoire, l’enquête ou le renvoi ne peuvent pas avoir lieu à bref délai. Ainsi, s’ils n’ont pas lieu dans les quarante-huit heures, l’intéressé a droit à un examen «dès l’expiration de ce délai» et, si l’examen est retardé, dans les sept jours qui suivent et par la suite tous les trente jours. Des dispositions aussi complexes sembleraient permettre de contrôler d’une façon appropriée l’exercice d’un pouvoir pour le moins inhabituel, soit le pouvoir des fonctionnaires administratifs de garder sans audience une personne qui n’a pas été accusée ou reconnue coupable d’une infraction criminelle et qui serait par ailleurs en liberté.

[22] L’historique de ces dispositions de la *Loi sur l’immigration* confirme qu’initialement, le législateur ne voulait pas que le paragraphe 103(6) s’applique aux personnes qui étaient déjà incarcérées à la suite d’une condamnation au criminel. C’est ce qui ressort clairement du fait que le paragraphe 103(6), sous sa forme actuelle, a été édicté par l’article 94 de L.C. 1992, ch. 49, une modification mineure ayant été apportée par le paragraphe 19(2) de L.C. 1995, ch. 15, alors que l’article 105 actuel a été ajouté par la suite par l’article 20 de L.C. 1995, ch. 15, y compris la condition voulant que cette disposition s’applique malgré la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* et la *Loi sur les prisons et les maisons de correction* [L.R.C. (1985), ch. P-20].

[23] Toutefois, à mon avis, le fait que le paragraphe 103(6) a été édicté avant l’article 105 ne veut pas

mean that it cannot now be interpreted as providing detention review for those detained under subsection 105(1). This is because the reference in subsection 103(6) to those detained pursuant to the *Immigration Act* who are the subject of an order under subsection 103(1) or paragraph 103(3)(b) should be interpreted to include those detained in the exercise of powers contained in the *Immigration Act* as it was in 1992 and as it may be amended from time to time.

[24] In *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, Sopinka J. said (at page 552) that:

... any reference in a federal statute to the Acts of the federal Parliament must be taken to mean those Acts as they exist from time to time: see s. 10 of the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985 c. I-21].

This presumption should be equally applicable to the case at bar, where the reference to a federal statute, namely, the *Immigration Act*, is to the very same Act in which the reference is made.

[25] It would be unduly narrow to interpret subsection 103(6) as referring only to the *Immigration Act* as it was when enacted, and would leave a significant gap in the statute. If the language and structure of statutory provisions permit, they should be interpreted in a manner that protects the liberty of the person.

[26] Accordingly, the fact that the scope of the writ of *habeas corpus* is broad enough to enable a person to challenge the legality of an order made under subsection 105(1) is a further indication that subsection 103(6) should be interpreted to provide for the review by the Adjudication Division of the reasons for the continuation of the order, and hence of the person's detention. Moreover, it is also my view that to detain a person in "a prison within a prison" without a hearing either before or after the order is made would be a breach of section 9 of the charter: see paragraphs 37-47. Hence, any ambiguity in subsection 103(6) should be resolved in a manner that renders it

nécessairement dire qu'il ne peut pas maintenant être interprété comme prévoyant un examen dans le cas des personnes gardées en vertu du paragraphe 105(1), et ce, parce que la mention au paragraphe 103(6) des personnes gardées conformément à la *Loi sur l'immigration* qui sont visées par un ordre prévu au paragraphe 103(1) ou à l'alinéa 103(3)b devrait être interprétée comme s'appliquant aux personnes qui sont gardées par suite de l'exercice de pouvoirs conférés par la *Loi sur l'immigration* telle qu'elle existait en 1992 et telle qu'elle est modifiée de temps en temps.

[24] Dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, le juge Sopinka a dit ceci (à la page 552):

[...] dans une loi fédérale, toute mention de lois du Parlement fédéral doit être interprétée comme visant les lois en vigueur: voir l'art. 10 de la *Loi d'interprétation* [L.R.C. (1985), ch. I-21].

Cette présomption devrait également s'appliquer en l'espèce, étant donné que la loi fédérale mentionnée, soit la *Loi sur l'immigration*, est la loi même dans laquelle figure cette mention.

[25] Interpréter le paragraphe 103(6) comme se rapportant uniquement à la *Loi sur l'immigration* telle qu'elle existait au moment où elle a été édictée serait beaucoup trop strict et la loi comporterait alors une lacune importante. Si leur libellé et leur structure le permettent, les dispositions législatives devraient être interprétées de façon à protéger la liberté de la personne.

[26] Par conséquent, le fait que l'étendue du bref d'*habeas corpus* est suffisamment large pour permettre à une personne de contester la légalité de l'ordre prévu au paragraphe 105(1) constitue une indication additionnelle que le paragraphe 103(6) devrait être interprété de façon à prévoir l'examen par la section d'arbitrage des motifs qui pourraient justifier la prolongation de l'ordre et par conséquent de la garde. En outre, j'estime que garder une personne «en prison dans une prison» sans tenir d'audience soit avant soit après que l'ordre a été donné constituerait une violation de l'article 9 de la Charte: voir les paragraphes 37 à 47. Toute ambiguïté à laquelle donne

constitutional: *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at pages 751-752.

[27] On the interpretation of the Act that I favour, a detention review of an order made under subsection 105(1) would not be triggered until the individual became eligible for day parole or an unescorted temporary absence, because prior to that it would not have adversely affected the conditions of the individual's incarceration.

[28] Counsel for the respondent suggested that section 103 should be read as a self-contained code, and that the omission of an express provision for detention review in section 105 is an indication of Parliament's intention that there should be none. However, the fact that all those who are made subject to a subsection 105(1) order are also the subject of an administrative action under subsection 103(1) or paragraph 103(3)(b) provides a link back into section 103. In any event, subsection 103(6) is in its terms clearly not limited to those detained under section 103.

[29] Mr. Katz also argued that, since the purpose of day parole and unescorted temporary absences is to assist in the rehabilitation of offenders and their reintegration into Canadian society (see section 100 of the *Corrections and Conditional Release Act*), it is scarcely applicable to those who are liable to be removed from Canada when they have served their sentence. It therefore makes little sense, he contended, to interpret subsection 103(6) as creating procedural protections against the removal of a right (eligibility for day parole or unescorted temporary absence) from persons who were never the intended beneficiaries of it.

[30] I do not find this argument persuasive. First, there is no suggestion in the provisions of the *Corrections and Conditional Release Act* that, in the absence of a subsection 105(1) order, a person against whom a deportation order has been made is not eligible for either of these forms of release. Indeed, if they were

lieu le paragraphe 103(6) devrait donc être résolue de façon à rendre la disposition constitutionnelle: *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, aux pages 751 et 752.

[27] Selon l'interprétation de la Loi que je retiens, l'examen de l'ordre prévu au paragraphe 105(1) ne serait effectué qu'au moment où l'individu devient admissible à la semi-liberté ou à des sorties sans surveillance, parce qu'avant ce moment-là, l'ordre n'aurait pas nui aux conditions d'incarcération de l'individu en question.

[28] L'avocat du défendeur a soutenu que l'article 103 devrait être interprété comme un code complet et que le fait qu'un tel examen n'est pas expressément prévu à l'article 105 montre que le législateur ne voulait pas qu'un tel examen soit effectué. Toutefois, le fait que toutes les personnes qui sont visées par l'ordre prévu au paragraphe 105(1) sont également assujetties à une mesure administrative en vertu du paragraphe 103(1) ou de l'alinéa 103(3)b crée un lien avec l'article 103. Quoi qu'il en soit, le libellé du paragraphe 103(6) n'est clairement pas limité aux personnes qui sont gardées en vertu de l'article 103.

[29] M<sup>e</sup> Katz a également soutenu qu'étant donné que la semi-liberté et les sorties sans surveillance visent à faciliter la réadaptation des délinquants et leur réinsertion sociale (voir l'article 100 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*), cela s'applique difficilement aux personnes qui risquent d'être renvoyées du Canada lorsqu'elles auront fini de purger leur peine. M<sup>e</sup> Katz a soutenu qu'il est donc peu sensé d'interpréter le paragraphe 103(6) comme assurant une protection sur le plan procédural contre le retrait d'un droit (à savoir, l'admissibilité à la semi-liberté ou aux sorties sans surveillance) dans le cas de personnes qui n'étaient jamais destinées à en bénéficier.

[30] Je ne trouve pas cet argument convaincant. Premièrement, les dispositions de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* ne laissent pas entendre qu'en l'absence de l'ordre prévu au paragraphe 105(1), la personne faisant l'objet d'une mesure d'expulsion n'est pas admissible à l'une ou

not eligible, the aspect of subsection 105(1) being considered here would presumably be redundant.

[31] Second, as Mr. Matas pointed out, not all persons who are the subject of deportation orders are excluded from Canadian society. Some deportees, for example, are permitted to re-enter Canada on a Minister's permit issued on humanitarian or compassionate grounds under section 37 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 26] of the *Immigration Act*. And some removal orders may be incapable of execution: see *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, as amended, subparagraph 19(4)(k)(iv) [as am. by SOR/84-849, s. 1]. Thus, to the extent that day parole and unescorted temporary absences are intended to benefit only those who will rejoin Canadian society, this category will include some, at least, of those against whom subsection 105(1) orders have been made.

[32] Third, even those subject to subsection 105(1) orders are entitled to full parole (paragraph 105(1)(a)), although a person under a deportation order who is released on full parole, another rehabilitative and reintegrative measure, may then be removed from Canada: *Corrections and Conditional Release Act*, subsection 128(3), and *Immigration Act*, subsection 50(2).

[33] Counsel for the respondent also suggested that the power conferred by subsection 105(1) cannot said to be exercisable on a whim or arbitrarily, since a subsection 105(1) order can only be made in respect of a person against whom a subsection 103(1) warrant or a paragraph 103(3)(b) detention order has been issued. Before either of these may be issued there must be reasonable grounds for the Deputy Minister, a senior immigration officer or an adjudicator to believe that the person is a danger to the public or may not appear for the examination, inquiry or removal. Moreover, warrants issued or orders made under section 103 are reviewable in the Federal Court and will be held invalid if found to have been made in

l'autre de ces formes de mise en liberté. De fait, si elle n'était pas admissible, l'aspect du paragraphe 105(1) ici en cause serait probablement redondant.

[31] Deuxièmement, comme M<sup>e</sup> Matas l'a signalé, les personnes qui font l'objet de mesures d'expulsion ne sont pas toutes exclues de la société canadienne. Ainsi certaines personnes peuvent rentrer au Canada si le ministre délivre un permis pour des raisons d'ordre humanitaire en vertu de l'article 37 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 26] de la *Loi sur l'immigration*. De plus, certaines mesures de renvoi peuvent s'avérer inexécutables: voir l'alinéa 19(4)(k)(iv) [mod. par DORS/84-849, art. 1] du *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, dans sa forme modifiée. Par conséquent, dans la mesure où la semi-liberté et les sorties sans surveillance visent à s'appliquer uniquement aux individus qui doivent réintégrer la société canadienne, cette catégorie comprendra du moins certaines personnes visées par l'ordre prévu au paragraphe 105(1).

[32] Troisièmement, même les personnes visées par l'ordre prévu au paragraphe 105(1) ont droit à la libération conditionnelle totale (alinéa 105(1)a)) bien qu'une personne faisant l'objet d'une mesure d'expulsion qui bénéficie d'une libération conditionnelle totale, soit une autre mesure de réadaptation et de réinsertion, puisse alors être renvoyée du Canada: paragraphe 128(3) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* et paragraphe 50(2) de la *Loi sur l'immigration*.

[33] L'avocat du défendeur a également soutenu que l'on ne peut pas dire que le pouvoir conféré par le paragraphe 105(1) puisse être exercé à sa guise ou d'une façon arbitraire, étant donné que l'ordre prévu au paragraphe 105(1) peut uniquement être donné à l'égard d'une personne faisant l'objet d'un mandat délivré en vertu du paragraphe 103(1) ou d'un ordre de garde donné en vertu de l'alinéa 103(3)b). Pour que l'une ou l'autre de ces mesures puisse être prise, le sous-ministre, l'agent principal ou l'arbitre doit avoir des motifs raisonnables de croire que la personne en cause constitue une menace pour la sécurité publique ou qu'elle ne comparaitra peut-être pas à l'interrogatoire ou à l'enquête ou n'obtempérera peut-être pas à

abuse of the statutory discretion.

[34] However, the limited grounds of review available on an application for judicial review, and the time that it may take for an application to be decided, make this a much less effective remedy than a prompt on-the-merits review of a subsection 105(1) order by an adjudicator. I note also that counsel for the respondent did not argue that it would frustrate the operation of the *Immigration Act*, or create grave administrative difficulties, if subsection 103(6) were interpreted to extend to the review of orders made under subsection 105(1).

[35] In my view, therefore, the applicant's interpretation of subsection 103(6) is correct. As for the remedy, I do not believe that it is necessary for me to issue mandatory orders to the Adjudication Division or to the respondent in order to give effect to my decision. It is sufficient to grant a declaratory order that a person against whom a subsection 105(1) order has been issued is detained pursuant to the *Immigration Act* within the meaning of subsection 103(6), and that the review provisions of that section apply to orders made under subsection 105(1).

#### Issue 2

[36] Because of my conclusion on the interpretation of the *Immigration Act*, it is not strictly necessary for me to address fully the extensive arguments advanced by Mr. Matas to the effect that, if subsection 105(1) orders are not subject to subsection 103(6), these orders are invalid, in the absence of any kind of review of the reasons for their continuation. This conclusion is required by section 9 of the Charter, because the detention would otherwise be arbitrary, and by section 15 of the Charter, because only non-citizens can be subject to a subsection 105(1) order, so that the power to issue such an order discriminates against the applicant on the ground of nationality, an

la mesure de renvoi. En outre, les mandats ou ordres prévus à l'article 103 sont susceptibles d'examen devant la Cour fédérale et seront jugés invalides s'il est conclu que le pouvoir discrétionnaire y afférent a été exercé d'une façon abusive.

[34] Toutefois, compte tenu des motifs restreints de contrôle qui s'appliquent à la demande de contrôle judiciaire et du temps nécessaire au règlement de la demande, ce recours est beaucoup moins efficace qu'un examen rapide au fond par l'arbitre de l'ordre prévu au paragraphe 105(1). Je remarque également que l'avocat du défendeur n'a pas soutenu que, si le paragraphe 103(6) était interprété de façon à s'appliquer à l'examen des ordres prévus au paragraphe 105(1), cela nuirait à l'application de la *Loi sur l'immigration* ou créerait de graves problèmes administratifs.

[35] Par conséquent, à mon avis, l'interprétation que le demandeur donne au paragraphe 103(6) est correcte. Quant à la question du recours, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de délivrer des ordonnances mandatoires à l'intention de la section d'arbitrage ou du défendeur pour donner effet à ma décision. Il suffit d'accorder une ordonnance déclaratoire portant qu'une personne visée par l'ordre prévu au paragraphe 105(1) est gardée conformément au paragraphe 103(6) de la *Loi sur l'immigration* et que les dispositions de ce paragraphe relatives à l'examen s'appliquent aux ordres prévus au paragraphe 105(1).

#### Deuxième question

[36] Étant donné la conclusion que j'ai tirée au sujet de l'interprétation de la *Loi sur l'immigration*, il n'est pas strictement nécessaire que j'examine à fond les arguments détaillés que M<sup>e</sup> Matas a avancés, à savoir que si les ordres prévus au paragraphe 105(1) ne sont pas assujettis au paragraphe 103(6), ces ordres sont invalides en l'absence d'un examen des motifs justifiant la prolongation de la garde. Cette conclusion doit être tirée de l'article 9 de la Charte, parce que la garde serait par ailleurs arbitraire, ainsi que de l'article 15 de la Charte, parce que seuls les non-citoyens peuvent faire l'objet de l'ordre prévu au paragraphe 105(1) de sorte que le pouvoir de donner pareil ordre constitue

“analogous ground” to those listed in section 15: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

### Section 9

[37] The argument here is that depriving an inmate of eligibility for day parole or unescorted temporary absence, a statutory right enjoyed by other inmates, amounts to detention or imprisonment within the meaning of section 9 of the Charter. Detention or imprisonment for constitutional purposes should surely be determined by reference to the scope of the interest in personal liberty that is protected by the writ of *habeas corpus*. The interpretation of Charter rights should be informed, if not always determined conclusively, by the common law. I see no reason why the definition of the interest protected by section 9 should be less than that protected by *habeas corpus*, a writ that historically has been so closely linked to ensuring that individuals are not unlawfully deprived of liberty of the person that its previously quasi-constitutional status has been given a formal constitutional foundation by paragraph 10(c) of the Charter.

[38] Having decided with the assistance of the jurisprudence on the scope of *habeas corpus* that a person subject to a subsection 105(1) order is detained pursuant to the *Immigration Act*, I have no difficulty in concluding further that the applicant is also “detained or imprisoned” for the purpose of section 9.

[39] However, in order to establish a violation of section 9 the applicant must also show that the detention or imprisonment was arbitrary. The question is, therefore, whether a person is arbitrarily detained by an order that is made by the Deputy Minister, and liable to be continued for the remainder of his sentence or until full parole is granted, without any review of the reasons for its continuation on the basis of a hearing before an independent tribunal.

de la discrimination fondée sur la nationalité du demandeur, soit un «motif analogue» à ceux qui sont énumérés à l'article 15: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

### Article 9

[37] Il est ici soutenu que le fait de priver un détenu de son admissibilité à la semi-liberté ou aux sorties sans surveillance, droit reconnu par la loi aux autres détenus, équivaut à une détention ou à un emprisonnement au sens de l'article 9 de la Charte. La détention ou l'emprisonnement à des fins constitutionnelles devrait certainement être déterminé par rapport à l'étendue de la liberté personnelle protégée par le bref d'*habeas corpus*. L'interprétation des droits reconnus par la Charte devrait être éclairée, sinon toujours déterminée d'une façon concluante par la common law. Je ne vois pas pourquoi le droit protégé par l'article 9 devrait être moins étendu que le droit protégé par le bref d'*habeas corpus*, qui a toujours été si étroitement lié à l'idée selon laquelle les individus ne doivent pas illicitement être privés de leur liberté que son ancien statut quasi constitutionnel a été officiellement reconnu sur le plan constitutionnel par l'alinéa 10c) de la Charte.

[38] Puisque j'ai décidé, en me fondant sur les arrêts qui portent sur l'étendue du bref d'*habeas corpus*, qu'une personne visée par l'ordre prévu au paragraphe 105(1) est gardée conformément à la *Loi sur l'immigration*, il ne m'est pas difficile de conclure en outre que le demandeur est également «détenu ou emprisonné» aux fins de l'article 9.

[39] Toutefois, afin d'établir que l'article 9 a été violé, le demandeur doit également démontrer que la détention ou l'emprisonnement était arbitraire. Il s'agit donc de savoir si une personne est arbitrairement détenue lorsque le sous-ministre donne un ordre et que la personne en question risque de continuer à être gardée jusqu'à l'expiration de sa peine ou jusqu'à ce que la libération conditionnelle totale lui soit accordée, sans que les motifs justifiant la prolongation de la garde soient examinés dans le cadre d'une audience tenue par un tribunal indépendant.

[40] In my view, despite the statutory requirement that the Deputy Minister, a senior immigration officer or an adjudicator must have had reasonable grounds under subsection 103(1) or (3) for believing that the person might not otherwise report for an examination, inquiry or removal, a penitentiary inmate who is the subject of a subsection 105(1) order would be arbitrarily detained if the respondent's interpretation of subsection 103(6) were correct, and the reasons for the continuation of the order were accordingly not subject to any review by the Adjudication Division.

[41] In *Webb v. British Columbia (Director, Lower Mainland Regional Correction Centre)* (1988), 51 D.L.R. (4th) 726 (B.C.C.A.) it was held that the power under then paragraph 104(3)(b) [S.C. 1976-77, c. 52] to issue a warrant for the detention of a person who is a danger to the public or would not otherwise appear for an examination, inquiry or removal does not authorize an arbitrary detention because it is exercisable on objective grounds and, Macfarlane J.A. said at page 729, because it:

... provides protection to the person who is detained by insuring a regular review of his case, at which time the reason for his detention must be re-examined and reasons given for his further detention.

It is a reasonable inference from these reasons that, had the statute not provided an opportunity for an independent review of the reasons for the continuation of the order, the Court would have found subsection 103(3) to be contrary to section 9 of the Charter. This is the conclusion that I would reach on the facts of the present case as regards subsections 103(6) and 105(1).

[42] Counsel for the respondent argued that, since section 9 does not guarantee a right to parole, a statutory provision that deprives a person of the right to be considered for parole without any review of the reasons for the continuation of the order cannot be in violation of section 9.

[43] I do not find this a persuasive argument. Even though Parliament may not be constitutionally required

[40] À mon avis, malgré l'exigence légale voulant que le sous-ministre, l'agent principal ou l'arbitre aient des motifs raisonnables de croire, en vertu des paragraphes 103(1) ou (3), que la personne en cause ne comparaitra pas à l'interrogatoire ou à l'enquête ou qu'elle n'obtempérera pas à la mesure de renvoi, le détenu qui est visé par l'ordre prévu au paragraphe 105(1) serait arbitrairement détenu si l'interprétation du paragraphe 103(6) préconisée par le défendeur était correcte et si les motifs justifiant la prolongation de la garde ne pouvaient donc pas être examinés par la section d'arbitrage.

[41] Dans l'arrêt *Webb v. British Columbia (Director, Lower Mainland Regional Correction Centre)* (1988), 51 D.L.R. (4th) 726 (C.A. C.-B.), on a statué que le pouvoir prévu alors à l'alinéa 104(3)b) [S.C. 1976-77, ch. 52] de délivrer un mandat d'arrestation contre une personne qui constitue une menace pour la sécurité publique ou qui ne comparaitra pas à l'interrogatoire ou à l'enquête ou n'obtempérera pas à la mesure de renvoi n'autorise pas une garde arbitraire parce que ce pouvoir peut être objectivement exercé et, comme l'a dit le juge Macfarlane à la page 729, parce qu'il:

[TRADUCTION] [...] protège le détenu en assurant un examen régulier de son cas, les motifs de la détention devant être examinés de nouveau et des motifs justifiant la prolongation de la détention devant être donnés dans le cadre de cet examen.

Ces motifs permettent raisonnablement d'inférer que si la loi ne permettait pas un examen indépendant des motifs justifiant la prolongation de la garde, la Cour aurait conclu que le paragraphe 103(3) est contraire à l'article 9 de la Charte. Compte tenu des faits de l'espèce, telle est la conclusion que je tirerais en ce qui concerne les paragraphes 103(6) et 105(1).

[42] L'avocat du défendeur a soutenu qu'étant donné que l'article 9 ne garantit pas le droit à la libération conditionnelle, une disposition législative qui empêche une personne de faire examiner son cas aux fins de la libération conditionnelle sans que les motifs justifiant la prolongation de la garde soient examinés ne peut pas violer l'article 9.

[43] Je ne trouve pas cet argument convaincant. Même si le législateur n'est peut-être pas constitution-

to provide for parole, once it has created a statutory eligibility for parole, day or full, denial of the statutory right to be considered for it may constitute a detention because it causes the person concerned to serve his or her sentence under significantly more restrictive conditions than those applicable to the general inmate population. And if the statutory right is removed without any kind of hearing or a review of its continuation, then the person's detention is surely arbitrary: compare *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at pages 1012-1013.

[44] As I have already indicated, I used section 9 to resolve a possible ambiguity in the words "detained pursuant to th[e] Act" in subsection 103(6), and construed it to include a periodic review of orders made under subsection 105(1). If I am wrong on this point, then for the statute to comply with section 9, it may not be necessary to require that the reasons for subsection 105(1) orders be reviewed as frequently as are the reasons for detaining individuals held only under either section 103, or other sections of the Act.

[45] There are degrees of detention in the constitutional sense, and the deprivation of the right to be considered for day parole or an unescorted temporary absence is a lesser denial of liberty of the person than the confinement of someone who would otherwise be at large. Hence, a review by the Adjudication Division as soon as practicable after the order removed the inmate's eligibility, and every six months thereafter that the order remained in effect, would suffice to prevent the detention from being arbitrary.

[46] Counsel for the respondent did not argue that, if in breach of section 9 of the Charter, the relevant provisions of the *Immigration Act* were justifiable under section 1.

[47] Were it necessary for the disposition of this application, I would be prepared to remedy the constitutional defect in the scheme by reading into subsection 105(1) the underlined words:

nellement tenu de prévoir la libération conditionnelle, une fois qu'il a reconnu l'admissibilité à la libération conditionnelle, qu'il s'agisse d'une semi-liberté ou d'une libération conditionnelle totale, la dénégation du droit légal à un examen peut être assimilée à la détention parce que la personne concernée doit purger sa peine dans des conditions beaucoup plus strictes que celles qui s'appliquent d'une façon générale aux autres détenus. Et si ce droit est annulé sans qu'une audience soit tenue ou sans qu'un examen soit effectué, la détention est certainement arbitraire: comparer *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, aux pages 1012 et 1013.

[44] Comme je l'ai déjà dit, j'ai utilisé l'article 9 pour résoudre une ambiguïté possible du paragraphe 103(6) et j'ai interprété cette disposition de façon à inclure un examen périodique des ordres prévus au paragraphe 105(1). Si je commets une erreur sur ce point, pour que la loi soit conforme à l'article 9, il n'est peut-être pas nécessaire d'exiger que les motifs justifiant la prolongation de la garde soient examinés aussi fréquemment que les motifs justifiant la garde des individus détenus uniquement en vertu de l'article 103 ou d'autres dispositions de la Loi.

[45] Sur le plan constitutionnel, il existe différents genres de détention, et le fait d'être privé du droit de faire examiner son cas aux fins de la semi-liberté ou des sorties sans surveillance constitue une dénégation moins importante de la liberté de la personne que le fait d'être détenu alors que l'on devrait par ailleurs être en liberté. Par conséquent, pour que la détention ne soit pas arbitraire, il suffirait que la section d'arbitrage effectue un examen aussitôt que possible après l'ordre entraînant l'inadmissibilité du détenu, et tous les six mois par la suite tant que l'ordre continue à s'appliquer.

[46] L'avocat du défendeur n'a pas soutenu que si les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'immigration* violaient l'article 9 de la Charte, elles étaient par ailleurs justifiables en vertu de l'article premier.

[47] Si la chose était nécessaire aux fins du règlement de cette demande, je serais prêt à remédier au défaut constitutionnel du texte de loi en incorporant dans le paragraphe 105(1) les mots soulignés suivants:

105. (1) . . . the Deputy Minister may issue an order, [reviewable under subsection 103(6) as soon as practicable after the person's eligibility for day parole or unescorted temporary absence is removed, and every six months thereafter that it is in force,] to the person . . . directing that . . .

### Section 15

[48] Since the right to enter, remain in and leave Canada is limited by section 6 of the Charter to Canadian citizens, courts have not subjected provisions of the *Immigration Act* to review under section 15 on the ground that they discriminate on account of nationality. As Sopinka J. said in *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at page 736:

There is . . . no discrimination contrary to s. 15 in a deportation scheme that applies to permanent residents, but not to citizens.

[49] The function of subsection 105(1) is to ensure that those against whom orders are made appear for an examination or inquiry that may lead to their removal from Canada, or for the removal itself. This provision is therefore a part of "a deportation scheme". It is accordingly not subject to section 15 review, even though a subsection 105(1) order can deprive only those penitentiary inmates who are non-citizens of the right to be considered for day parole or an unescorted temporary absence.

### Issue 3

[50] Finally, turning to the application of Mr. Shouq, counsel for the respondent pointed out that a section 105 order had been made against him before the current version of the section was enacted. The former version did not preclude a person against whom it was made from eligibility for day parole or an unescorted temporary absence.

[51] The order made against Mr. Shouq under the former section 105 was not replaced automatically with a new order by the enactment of the current

105. (1) [. . .] le sous-ministre peut ordonner au [. . .] responsable, [sous réserve d'un examen effectué en vertu du paragraphe 103(6) aussitôt que possible après que la personne a cessé d'être admissible à la semi-liberté ou aux sorties sans surveillance, et tous les six mois par la suite, tant que l'ordre est en vigueur] [. . .]

### Article 15

[48] Étant donné que le droit d'entrer et de demeurer au Canada et le droit de quitter le Canada s'applique uniquement aux citoyens canadiens en vertu de l'article 6 de la Charte, les tribunaux n'ont pas assujéti les dispositions de la *Loi sur l'immigration* à un contrôle en vertu de l'article 15 pour le motif que ces dispositions constituent de la discrimination fondée sur la nationalité. Comme le juge Sopinka l'a dit dans l'arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, à la page 736:

Ne constitue donc pas une discrimination interdite par l'art. 15 un régime d'expulsion qui s'applique aux résidents permanents, mais non aux citoyens.

[49] Le paragraphe 105(1) vise à faire en sorte que les personnes visées par un ordre comparaissent à un interrogatoire ou à une enquête susceptibles d'entraîner leur renvoi du Canada, ou obtempèrent à la mesure de renvoi elle-même. Cette disposition fait donc partie d'«un régime d'expulsion». Elle n'est donc pas assujéti à un contrôle en vertu de l'article 15, même si l'ordre prévu au paragraphe 105(1) peut priver uniquement les détenus qui ne sont pas citoyens du droit de faire examiner leur cas aux fins de la semi-liberté ou des sorties sans surveillance.

### Troisième question

[50] Enfin, en ce qui concerne la demande de M. Shouq, l'avocat du défendeur a signalé que l'ordre prévu à l'article 105 avait été donné avant que la version actuelle de cette disposition ait été édictée. L'ancienne version n'empêchait pas la personne visée par l'ordre d'être admissible à la semi-liberté ou aux sorties sans surveillance.

[51] L'ordre auquel M. Shouq était assujéti en vertu de l'ancien article 105 n'a pas été automatiquement remplacé par un nouvel ordre par suite de l'adoption

subsection 105(1), nor was any new order in fact made. Mr. Katz therefore submitted that Mr. Shouq is already eligible for day parole or temporary unescorted absence on the same basis as any other inmate, and so no order of this Court is required before he may be considered for either of these forms of temporary leave.

[52] However, to remove any doubt, the order made in respect of Mr. Shouq will be a declaration that, for the reasons in the above paragraph he is eligible for parole and unescorted temporary absence.

[53] For these reasons, these applications for judicial review are granted. The answers to the questions that I posed in paragraph 10 are as follows:

1. Yes
2. (a) Yes (b) No
3. Yes

[54] After receiving submissions from counsel for the parties following their review of a draft of these reasons, I have certified the following questions pursuant to subsection 83(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the *Immigration Act* with respect to the applicant Chaudhry:

1. Is a non-citizen, who is incarcerated following a criminal conviction and is the subject of an order under subsection 105(1) of the *Immigration Act*, and consequently ineligible to be considered by a parole board for day release or an unescorted temporary absence, thereby “detained pursuant to the [Immigration] Act . . . for removal”, and thus entitled to a review of the reasons for the continuation of the detention under subsection 103(6)?
2. If subsection 103(6) of the *Immigration Act* does not apply to orders made under subsection 105(1), does the Act violate section 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

de la version actuelle du paragraphe 105(1), et en fait aucun nouvel ordre n’a été donné. M<sup>c</sup> Katz a donc soutenu que M. Shouq est déjà admissible à la semi-liberté ou aux sorties sans surveillance sur la même base que tout autre détenu et qu’il n’est donc pas nécessaire que cette Cour rende une ordonnance pour que son cas puisse être examiné à l’égard de l’une ou l’autre de ces formes de libération temporaire.

[52] Toutefois, pour dissiper tout doute, je rendrai à l’égard de M. Shouq une ordonnance déclaratoire portant que, pour les motifs énoncés dans le paragraphe qui précède, il est admissible à la semi-liberté et aux sorties sans surveillance.

[53] Pour ces motifs, les demandes de contrôle judiciaire sont accueillies. Les réponses aux questions que j’ai énoncées au paragraphe 10 sont les suivantes:

1. Oui
2. a) Oui b) Non
3. Oui

[54] Les avocats des parties ont présenté leurs observations après avoir examiné le projet d’ordonnance; j’ai certifié les questions suivantes conformément au paragraphe 83(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la *Loi sur l’immigration* en ce qui concerne le demandeur Chaudhry:

1. Un non-citoyen, incarcéré à la suite d’une condamnation au criminel, qui est visé par l’ordre prévu au paragraphe 105(1) de la *Loi sur l’immigration* et dont le cas ne peut donc pas être examiné par une commission des libérations conditionnelles aux fins de la semi-liberté ou d’une sortie sans surveillance est-il gardé aux fins du renvoi conformément à la *Loi sur l’immigration* de sorte qu’il a droit à un examen des motifs de prolongation de la garde en vertu du paragraphe 103(6) de la Loi?
2. Si le paragraphe 103(6) de la *Loi sur l’immigration* ne s’applique pas aux ordres prévus au paragraphe 105(1), la Loi viole-t-elle l’article 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. If there is a violation of section 9, is it appropriately remedied by reading into subsection 105(1), immediately following the words “the Deputy Minister may issue an order”, the words “reviewable under subsection 103(6) as soon as practicable after the order removes the person’s eligibility for day parole and unescorted temporary absence and every six months thereafter that the order is in force”?
3. Si l’article 9 est violé, est-il possible d’y remédier d’une façon appropriée en incorporant dans le paragraphe 105(1) immédiatement après les mots «le sous-ministre peut ordonner» les mots «sous réserve d’un examen effectué en vertu du paragraphe 103(6) aussitôt que possible après que la personne a cessé d’être admissible à la semi-liberté ou aux sorties sans surveillance, et tous les six mois par la suite, tant que l’ordre est en vigueur»?

Despite the able submissions of counsel, I was not persuaded that a serious question of general importance arises from this case with respect to section 15 of the Charter.

Malgré les arguments habiles des avocats, je ne suis pas convaincu qu’une question grave de portée générale se pose en l’espèce en ce qui concerne l’article 15 de la Charte.

T-250-98

T-250-98

**Joe Markevich** (*Applicant*)**Joe Markevich** (*demandeur*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen in Right of Canada**  
(*Respondent*)**Sa Majesté la Reine du chef du Canada** (*défende-  
resse*)**INDEXED AS: MARKEVICH v. CANADA (T.D.)****RÉPERTORIÉ: MARKEVICH c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)**Trial Division, Evans J.—Vancouver, January 18;  
Ottawa, February 19, 1999.Section de première instance, juge Evans—Vancouver,  
18 janvier; Ottawa, 19 février 1999.

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Judicial review — Revenue Canada letter informing applicant owed unpaid “written off” taxes plus interest — Federal Court Act, s. 18.1(3), reference to “decision, order, act or proceeding”, broad enough to cover administrative action herein — Would be serious gap in Court’s supervisory jurisdiction if it could not entertain challenge to issuance of requirement to pay as Income Tax Act providing no remedy.*

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Contrôle judiciaire — Lettre de Revenu Canada faisant savoir au demandeur qu’il était tenu de régler, avec intérêts, des impôts en souffrance qui avaient été «radiés» — Les dispositions de l’art. 18.1(3) de la Loi sur la Cour fédérale concernant «toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte» sont suffisamment larges pour englober la mesure administrative contestée en l’espèce — Ce serait une grave lacune dans le pouvoir de contrôle de la Cour si elle ne pouvait connaître d’un recours contre la sommation de payer, étant donné qu’aucun recours n’est prévu dans la Loi de l’impôt sur le revenu.*

*Construction of statutes — Taxing statutes — Narrow construction in favour of taxpayer, giving taxpayer benefit of doubt, replaced by rule tax legislation should be subject to ordinary rules of construction — However, given special nature of tax legislation, and reliance placed upon its provisions by those planning their affairs so as to minimize or avoid tax liability, and because business practice has often contextualized meaning of words used in tax statutes, “plain meaning” rule should be given priority over purposive or “modern” approach generally used by courts in interpreting legislation.*

*Interprétation des lois — Lois en matière fiscale — L’interprétation restrictive en faveur du contribuable, voulant que l’on accorde à celui-ci le bénéfice du doute, a été remplacée par la règle selon laquelle la législation fiscale doit être soumise aux règles ordinaires d’interprétation — Cela dit, étant donné le caractère particulier de la législation fiscale, et le fait que les gens se fondent sur ses dispositions pour organiser leurs affaires afin de réduire au minimum ou à néant l’impôt à payer, et du fait que le monde des affaires a souvent contextualisé le sens des termes employés dans les lois fiscales, la règle d’interprétation selon «le sens ordinaire» doit primer la méthode d’interprétation téléologique ou «moderne» qui a cours.*

*Practice — Limitation of actions — Collection of unpaid income tax — Taxpayer failing to pay taxes in early 1980s — Assessed in 1986 — In 1987 Revenue Canada took proceeds of sale of taxpayer’s home, wrote off balance uncollectable — M.N.R. reviving collection attempts in 1998 — Whether barred by limitation period in Crown Liability and Proceedings Act or provincial Limitation Act — Income Tax Act complete code containing own limitation periods, not subject to limitation periods prescribed in legislation regarding Crown proceedings or civil litigation in general — Provincial limitation statute applicable neither to federal cause of action under Income Tax Act nor to collection, by Minister of federal Crown as agent, under provincial Income Tax Act as not applying to federal Crown as matter of necessary implication.*

*Pratique — Prescription — Recouvrement des impôts en souffrance — Le contribuable n’avait pas payé ses impôts au début des années 80 — Il a fait l’objet d’une cotisation en 1986 — En 1987, Revenu Canada a saisi le produit de la vente de la maison du contribuable et radié le solde, estimant qu’il était irrécouvrable — En 1998, le M.R.N. a repris ses efforts de recouvrement — Question de savoir si le ministre était empêché de procéder ainsi en raison du délai de prescription prévu dans la Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif ou de celui figurant dans la loi provinciale sur la prescription d’actions — La Loi de l’impôt sur le revenu constitue un code complet qui comprend ses propres délais de prescription et qui n’est pas soumis aux délais de prescription prévus dans les textes législatifs concernant le contentieux administratif ou la responsabilité civile de l’État en général — La loi*

*Income tax — Practice — No limitation period in Income Tax Act regarding collection of unpaid tax for which taxpayer assessed — M.N.R.'s exercise of statutory collection powers not subject to limitation period in Crown Liability and Proceedings Act, s. 32 or in relevant provincial limitation statute.*

In the early 1980s, the applicant failed to pay income tax. The notices of assessments were never challenged. In the early 1980s, he was assessed as owing \$246,437 to Revenue Canada. In 1987 his house was sold and the proceeds applied to reduce his indebtedness. Revenue Canada decided to “write off” the balance, since there was no realistic prospect of collecting the remainder within the foreseeable future. Many years later, in 1998, Revenue Canada wrote to the applicant, informing him that he owed more than \$770,583 in unpaid taxes and interest. In response, the applicant initiated this application for judicial review for a declaration that this amount was not owing and an order restraining the Minister from issuing requirements to pay to the applicant’s debtors.

In the absence of any express provisions in the *Income Tax Act* (ITA) itself, the principal question was whether the Minister’s exercise of the statutory collection powers was subject to a limitation period, whether that contained in section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act* (CLPA) or in the relevant provincial (British Columbia) statute.

*Held*, the application should be dismissed.

“Writing off” a tax debt does not extinguish or forgive it; it is merely an internal bookkeeping device that removes a taxpayer’s tax debt from Revenue Canada’s active collection list.

A jurisdiction issue arose as the letter herein was not a “decision or order” within the meaning of section 18.1 of the *Federal Court Act*. However, subsection 18.1(3) gave the Trial Division jurisdiction with respect to “a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal”. The words “act or proceeding” are clearly broad enough in scope to include the letter. The letter may not have been written in the exercise of any statutory power, but the Minister was a person having statutory powers under the ITA. The letter signified that Revenue Canada had made

*provinciale sur la prescription d'actions ne s'applique ni à une cause d'action fédérale fondée sur la Loi de l'impôt sur le revenu ni, en toute logique, au recouvrement, par un ministre fédéral agissant en tant que mandataire des autorités provinciales, en application de la législation fiscale provinciale.*

*Impôt sur le revenu — Pratique — La Loi de l'impôt sur le revenu ne prévoit aucun délai de prescription concernant le recouvrement de l'arriéré de l'impôt régulièrement établi — L'exercice du pouvoir de perception que le ministre tient de la loi n'est soumis à aucun délai de prescription, que ce soit celui prévu à l'art. 32 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, ou à celui prévu par la loi provinciale applicable.*

Au début des années 80, le demandeur a omis de régler son impôt sur le revenu. Il n’a jamais contesté les avis de cotisation. Au cours de cette première partie des années 80, Revenu Canada a établi qu’il devait 246 437 \$. En 1987, sa maison a été vendue et le Ministère a affecté le produit de la vente à l’apurement partiel de sa dette fiscale. Revenu Canada a décidé de «radier» le solde, étant donné que le demandeur n’avait aucun autre actif ni revenu, et qu’il n’y avait aucune perspective réaliste de recouvrement dans un avenir prévisible. De nombreuses années plus tard, en 1998, Revenu Canada écrivit au demandeur pour l’informer qu’il devait plus de 770 583 \$ d’impôt en souffrance et d’intérêts. En réponse, le demandeur déposa une demande de contrôle judiciaire, concluant à jugement déclarant qu’il ne doit pas cette somme et à ordonnance interdisant au ministre d’envoyer des sommations de payer à ses débiteurs.

En l’absence de toute disposition expresse de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (LIR), il y a lieu d’examiner au premier chef si l’exercice du pouvoir de perception que le ministre tient de la loi était soumis à un délai de prescription, que ce soit celui prévu à l’article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* (LRCECA) ou celui prévu par la loi provinciale applicable (en l’occurrence une loi de la Colombie-Britannique).

*Jugement*: la demande est rejetée.

«Radier» une dette fiscale ne signifie pas l’éteindre ou en faire grâce; il s’agit d’une opération comptable interne qui enlève la dette fiscale d’un contribuable du rôle de perception active de Revenu Canada.

S’est posée une question de compétence étant donné que la lettre en question n’était pas une «décision ou ordonnance» au sens de l’article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le paragraphe 18.1(3), cependant, confère à la Section de première instance la compétence pour connaître de «toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l’office fédéral». Les mots «procédure ou tout autre acte» ont clairement une portée suffisamment large pour comprendre la lettre en question. La lettre n’avait peut-être pas été rédigée dans l’exercice d’un pouvoir légal, mais le ministre

a decision to try to collect the unpaid tax and intended to take measures in an attempt to recover the previously written off tax debt. There was no doubt that it was potentially very damaging to the taxpayer's business or professional reputation for Revenue Canada to issue requirements to pay that disclose that a taxpayer is in default of a large unpaid tax debt and require the debtor to pay to Revenue Canada whatever the debtor owes to the taxpayer. The ITA provides no remedy by which a taxpayer can challenge the validity of the issuance of a requirement to pay. It would be a serious gap in the Court's supervisory jurisdiction if it could not entertain a challenge to the issuance of a requirement to pay where, as here, the ground of the challenge could not have been raised by the taxpayer on the receipt of the notice of assessment.

The special nature of tax legislation, and in particular the reliance placed upon its provisions by those planning their affairs in order to minimize tax liability, has meant that the broad and purposive approach applied to legislation in general is not applied to the same extent to the interpretation of tax statutes; the "plain meaning" rule has retained a vigour and is given priority over the purposive or "modern" approach.

Section 32 of the CLPA (providing a six-year limitation period) did not apply to the exercise by the Minister of National Revenue of the statutory power to issue requirements to pay with respect to a duly assessed tax liability under the ITA. The requirement to pay was not a "proceeding" with respect to a cause of action within the meaning of section 32. In this case, the registration of a certificate of indebtedness with the Federal Court under section 223 of the ITA and issuing to third party debtors a requirement to pay under section 224 of the Act did not require the institution of an action. While this was sufficient to dismiss the application, the Court nevertheless considered whether the applicant had established that the other element of section 32 of the CLPA was satisfied.

The ITA excluded the application of section 32 of the CLPA. Given the complex and unique nature of the statutory scheme for the levying and collection of income tax, it was a clear inference from the statutory provisions examined (sections 225.1, 152(1), 227.1(4), 152(3.1)(b), 227(10)) that Parliament had "otherwise provided" for prescription, and that section 32 of the CLPA accordingly did not apply to the collection of a debt arising under section 222 of the ITA. The courts have often accepted that taxing statutes constitute complete codes into which the legislature did not intend them to import general principles, rules or remedies.

est une personne ayant les pouvoirs légaux que lui confère la LIR. La lettre signifiait que Revenu Canada avait décidé de procéder au recouvrement de l'impôt en souffrance et entendait faire le nécessaire pour recouvrer la dette fiscale antérieurement «radiée». Ce serait, à n'en pas douter, potentiellement très dommageable pour l'entreprise et la réputation professionnelle du contribuable si Revenu Canada envoyait des sommations de payer qui révélaient que celui-ci est en défaut de paiement d'une dette fiscale considérable, et obligeait son débiteur à payer à Revenu Canada ce qu'il doit au contribuable. La LIR ne prévoit aucune voie de droit que pourrait exercer le contribuable pour contester la validité de la sommation de payer. Ce serait une grave lacune dans le pouvoir de contrôle de la Cour si elle ne pouvait connaître du recours contre la sommation de payer dans les cas où, comme en l'espèce, le contribuable était dans l'impossibilité de faire valoir le motif de contestation à la réception de l'avis de cotisation.

La nature spéciale de la législation fiscale, et en particulier le fait que les gens se guident sur ses dispositions pour organiser leurs affaires en vue de réduire au minimum ou à néant l'impôt à payer, font que la méthode d'interprétation libérale et téléologique des lois en général ne s'applique pas tout à fait à l'interprétation des lois fiscales; la règle d'interprétation selon le «sens ordinaire» retient dans ce domaine une vigueur qu'elle n'a pas ailleurs et doit primer la méthode d'interprétation téléologique ou «moderne».

L'article 32 de la LRCECA (qui prévoit une période de prescription de six ans) ne s'appliquait pas à l'exercice par le ministre du Revenu du pouvoir légal d'envoyer des sommations de payer relatives à une dette fiscale établie en application de la LIR. La sommation de payer n'est pas une «sommation judiciaire» selon la définition des «actions» au sens de l'article 32. En l'espèce, l'enregistrement d'un certificat de dette fiscale auprès de la Cour fédérale en application de l'article 223 de la LIR et la signification aux tiers débiteurs d'une sommation de payer en application de l'article 224 de la même loi n'étaient pas subordonnés à l'engagement d'une action en justice. Cette conclusion suffit pour débouter le demandeur, mais la Cour a cependant examiné la question de savoir si le demandeur avait prouvé que son cas répond à la seconde condition que pose l'article 32 de la LRCECA.

La LIR exclut l'application de l'article 32 de la LRCECA. Étant donné la nature complexe et singulière du régime légal d'établissement et de perception de l'impôt sur le revenu, il ressort clairement des dispositions législatives examinées (les articles 225.1, 152(1), 227.1(4), 152(3.1)(b), 227(10)) que le législateur a pris des «dispositions contraires» de prescription légale, et que l'article de la LRCECA ne s'applique pas au recouvrement de la dette fiscale visée à l'article 222 de la LIR. Il a été jugé à maintes reprises que des lois fiscales constituent des codes complets, dans lesquels le législateur n'entend pas intégrer les principes, règles ou moyens de recours du droit commun.

An alternative issue, assuming that the above conclusion was wrong, was whether the British Columbia *Limitation Act* applied. The *Income Tax Act* should be interpreted as creating a federal cause of action in the event that a taxpayer fails to pay tax duly assessed. Accordingly, if a general limitation period were applicable to the Crown's ability to collect tax through any of the statutory collection methods, it would be the six-year period prescribed by section 32 of the CLPA, and not that contained in the limitation statute of the province where the taxpayer resided.

If the above conclusion was wrong, and the British Columbia *Limitation Act* applied, then the use of statutory collection methods under the *Income Tax Act*, including the issuance of a requirement to pay, constitute "any exercise of a self help remedy" within section 1 of the provincial *Limitation Act*.

Finally, the British Columbia *Limitation Act* did not apply to attempts by the Crown to collect tax due under the British Columbia *Income Tax Act* outside the limitation period prescribed by the *Limitation Act*. Under a federal-provincial agreement, the federal Crown collects tax owing under the provincial *Income Tax Act* as agent for the provincial authorities. The provincial *Limitation Act* was not capable of applying to a measure taken by the respondent, a Minister of the federal Crown, in an attempt to collect a debt owing to the provincial Crown under the British Columbia *Income Tax Act*.

If the above conclusion was wrong, then the issuance of a requirement to pay was the "exercise of a self help remedy" and thus subject to the British Columbia *Limitation Act* by virtue of section 1.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

##### *Civil Code of Lower Canada.*

*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), s. 32 (as am. *idem*, s. 31).

*Excise Tax Act*, R.S.C. 1970, c. E-13.

*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 38(1),(2).

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2(1) "federal board, commission or other tribunal" (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5), 50.

*Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act*, R.S.C., 1985, c. F-8 (as am. by S.C. 1995, c. 17, s. 45), s. 7(2) (as am. by S.C. 1992, c. 10, s. 4).

*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 25(3).

Subsidiairement, au cas où cette conclusion ne serait pas exacte, on pourrait se demander si la loi de la Colombie-Britannique sur la prescription d'actions s'applique. Il faut interpréter la *Loi de l'impôt sur le revenu* comme créant une cause d'action fédérale dans le cas où le contribuable ne paie pas l'impôt régulièrement établi. En conséquence, s'il y avait un délai de prescription applicable à l'exercice par l'État de son pouvoir de recouvrer l'impôt par l'une quelconque des méthodes prévues par la loi, ce serait le délai de six ans prescrit par l'article 32 de la LRCECA, et non le délai de prescription légale en vigueur dans la province où habitait le contribuable.

À supposer que cette conclusion ne soit pas la bonne, et que ce soit la *Limitation Act* de Colombie-Britannique qui s'applique, le recours aux méthodes de recouvrement prévues par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dont la sommation de payer, est une «voie de droit extrajudiciaire» au sens de l'article premier de cette loi provinciale.

Et enfin, la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique ne s'appliquait pas aux mesures prises par l'État fédéral, après l'expiration du délai de prescription qu'elle prévoit, pour percevoir l'impôt exigible par application de la loi provinciale de l'impôt sur le revenu. En vertu d'un accord fédéral-provincial, l'État fédéral perçoit l'impôt exigible par application de la loi provinciale de l'impôt sur le revenu en qualité de mandataire des autorités provinciales. La loi provinciale sur la prescription des actions ne pouvait pas s'appliquer à une mesure prise par le défendeur, un ministre fédéral, en vue de recouvrer une dette due à la Couronne provinciale par application de la loi provinciale sur l'impôt sur le revenu.

À supposer que cette conclusion soit fautive, il y aurait lieu de conclure que la sommation de payer est une «voie de droit extrajudiciaire» assujettie ainsi à la loi sur la prescription d'actions de la Colombie-Britannique, par l'effet de son article premier.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

##### *Code civil du Bas-Canada.*

*Income Tax Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 215, art. 68, 69(2),(3).

*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 238, art. 14(1), 29 «government».

*Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 1 «action», 3(5), 9(1),(3).

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 152(1) (mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 42), (3.1),(4) (mod., *idem*, art. 181), 222, 223 (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 129), 224 (mod. par L.C. 1994, ch. 21, art. 101), 225.1 (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 184; ann. VIII, art. 131; 1998, ch. 19, art. 225), 227(10) (mod., *idem*, art. 226), 227.1(4).

*Income Tax Act*, R.S.B.C. 1996, c. 215, ss. 68, 69(2),(3).  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 152(1) (as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 42), (3.1),(4) (as am. *idem*, s. 181), 222, 223 (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 129), 224 (as am. by S.C. 1994, c. 21, s. 101), 225.1 (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 184; Sch. VIII, s. 131; 1998, c. 19, s. 225), 227(10) (as am. *idem*, s. 226), 227.1(4).  
*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 238, ss. 14(1), 29 "government".  
*Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266, ss. 1 "action", 3(5), 9(1),(3).  
*Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48.

*Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) «office fédéral» (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18.1 (édicte *idem*, art. 5), 50.  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. (1970) (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, art. 38(1),(2).  
*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 25(3).  
*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), art. 32 (mod., *idem*, art. 31).  
*Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1970, ch. E-13.  
*Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, L.R.C. (1985), ch. F-8 (mod. par L.C. 1995, ch. 17, art. 45), art. 7(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 10, art. 4).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.); *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; [1994] 2 C.T.C. 25; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; 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; *Mark v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (1991), 50 F.T.R. 157 (F.C.T.D.); *Marcel Grand Cirque Inc. v. Québec (Deputy Minister of Revenue)* (1995), 107 F.T.R. 18; [1995] G.S.T.C. 76 (F.C.T.D.); *Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women v. M.N.R.*, [1999] 1 S.C.R. 10.

## NOT FOLLOWED:

*Fuchs v. R.*, [1997] 2 C.T.C. 246; (1997), 129 F.T.R. 168 (F.C.T.D.).

## DISTINGUISHED:

*Royce v. Municipality of Macdonald* (1909), 12 W.L.R. 347 (Man. C.A.); *Brière v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1989] 3 F.C. 88; (1988), 57 D.L.R. (4th) 402; 89 CLLC 14,025; 93 N.R. 115 (C.A.); *English, Scottish and Australian Bank, Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue*, [1932] A.C. 238 (H.L.).

## CONSIDERED:

*Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46; (1985), 21 D.L.R. (4th) 210; [1985] 2 CTC 111; 85 DTC 5373; 60 N.R. 224; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994]

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.); *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; [1994] 2 C.T.C. 25; (1994), 94 DTC 6314; 168 N.R. 16; 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; *Mark c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* (1991), 50 F.T.R. 157 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Marcel Grand Cirque Inc. c. Québec (Sous-ministre du Revenu)* (1995), 107 F.T.R. 18; [1995] C.T.P.S. 76 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women c. M.R.N.*, [1999] 1 R.C.S. 10.

## DÉCISION NON SUIVIE:

*Fuchs c. R.*, [1997] 2 C.T.C. 246; (1997), 129 F.T.R. 168 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Royce v. Municipality of Macdonald* (1909), 12 W.L.R. 347 (C.A. Man.); *Brière c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1989] 3 C.F. 88; (1988), 57 D.L.R. (4th) 402; 89 CLLC 14,025; 93 N.R. 115 (C.A.); *English, Scottish and Australian Bank, Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue*, [1932] A.C. 238 (H.L.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46; (1985), 21 D.L.R. (4th) 210; [1985] 2 CTC 111; 85 DTC 5373; 60 N.R. 224; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994]

3 S.C.R. 3; [1995] 1 C.T.C. 241; (1994), 95 DTC 5017; 171 N.R. 161; 63 Q.A.C. 161; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; (1993), 110 D.L.R. (4th) 470; 19 C.R.R. (2d) 1; [1994] 1 C.T.C. 40; 94 DTC 6001; 161 N.R. 243; *E. H. Price Limited v. The Queen*, [1983] 2 F.C. 841; (1983), 147 D.L.R. (3d) 657; [1983] 6 W.W.R. 167; [1983] CTC 289; 83 DTC 5288; 47 N.R. 312 (C.A.); *Twinriver Timber Ltd. v. R. in Right of B.C.* (1980), 25 B.C.L.R. 175 (C.A.); affg (1979), 15 B.C.L.R. 38 (S.C.); *Ginsberg v. Canada*, [1996] 3 F.C. 334; (1996), 96 DTC 6372 (C.A.); revg [1994] 2 C.T.C. 2063; (1994), 94 DTC 1430 (T.C.C.); *J. Stollar Construction Ltd. v. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 2171; (1989), 89 DTC 134 (T.C.C.); *Gingras v. Canada*, [1994] 2 F.C. 734; (1994), 113 D.L.R. (4th) 295; 3 C.C.P.B. 194; 165 N.R. 101 (C.A.).

APPLICATION for judicial review requesting a declaration that the amount indicated in a letter containing a requirement to pay with respect to a duly assessed tax liability under the *Income Tax Act* is not owing and an order restraining the Minister from issuing requirements to pay to the applicant's debtors. Application dismissed.

APPEARANCES:

*Ian Worland* for applicant.  
*Judith A. Bowers* and *Carl Januszczak* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*Douglas Symes & Brissenden*, Vancouver, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

EVANS J.:

A. INTRODUCTION

[1] The *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1] imposes no limitation on the time within which the Minister of National Revenue (hereinafter the respondent or the Minister) may seek to collect unpaid tax for which a taxpayer has been duly assessed. In

3 R.C.S. 3; [1995] 1 C.T.C. 241; (1994), 95 DTC 5017; 171 N.R. 161; 63 Q.A.C. 161; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; (1993), 110 D.L.R. (4th) 470; 19 C.R.R. (2d) 1; [1994] 1 C.T.C. 40; 94 DTC 6001; 161 N.R. 243; *E. H. Price Limited c. La Reine*, [1983] 2 C.F. 841; (1983), 147 D.L.R. (3d) 657; [1983] 6 W.W.R. 167; [1983] CTC 289; 83 DTC 5288; 47 N.R. 312 (C.A.); *Twinriver Timber Ltd. v. R. in Right of B.C.* (1980), 25 B.C.L.R. 175 (C.A.); conf. (1979), 15 B.C.L.R. 38 (C.S.); *Ginsberg c. Canada*, [1996] 3 C.F. 334; (1996), 96 DTC 6372 (C.A.); inf. [1994] 2 C.T.C. 2063; (1994), 94 DTC 1430 (C.C.I.); *J. Stollar Construction Ltd. c. M.R.N.*, [1989] 1 C.T.C. 2171; (1989), 89 DTC 134 (C.C.I.); *Gingras c. Canada*, [1994] 2 C.F. 734; (1994), 113 D.L.R. (4th) 295; 3 C.C.P.B. 194; 165 N.R. 101 (C.A.).

DEMANDE de contrôle judiciaire sollicitant un jugement déclarant que la somme, dont faisait état une lettre portant sommation de payer relative à une dette fiscale régulièrement établie en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, n'était pas due, ainsi qu'une ordonnance interdisant au ministre d'envoyer des sommations de payer aux créanciers du demandeur. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

*Ian Worland* pour le demandeur.  
*Judith A. Bowers* et *Carl Januszczak* pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Douglas Symes & Brissenden*, Vancouver, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

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

LE JUGE EVANS:

A. INTRODUCTION

[1] La *Loi de l'impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1] n'impose au ministre du Revenu national (ci-après le défendeur ou le ministre) aucun délai pour procéder au recouvrement de l'arriéré de l'impôt régulièrement établi. En l'absence de toute

the absence of any express provisions in the *Income Tax Act* itself, the principal question raised in this case is whether the Minister's exercise of the statutory collection powers is subject to a limitation period, whether that contained in the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21], section 32 [as am. *idem*, s. 31] or in the relevant provincial limitation statute. The applicant contends that it is, while the Minister says that it is not.

[2] The question comes before me in the form of an application for judicial review under section 18.1 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5]. The subject-matter of the application is a letter of January 15, 1998 written to the applicant by Ms. Nasim Kara of the Revenue Canada office in Richmond, British Columbia, informing the applicant that he owes more than \$770,583.42 in unpaid taxes. The applicant requests a declaration that this amount is not owing and an order restraining the Minister from issuing requirements to pay to the applicant's debtors.

## B. BACKGROUND

[3] The applicant, Mr. Markevich, has been at all material times a resident in the Province of British Columbia. In the early 1980s he failed to pay taxes on income that he had earned in the promotion of stocks. He has never challenged the validity or correctness of the notices of assessment issued by the Minister.

[4] In 1986 he was assessed as owing \$267,437.61 to Revenue Canada. In 1987 his house was sold and Revenue Canada took the proceeds of sale to reduce his indebtedness. Later in that same year Revenue Canada decided to "write off" the amount of tax still owed by the applicant, on the ground that he had no other assets and no income, and there were no realistic prospects of collecting the tax from him within the foreseeable future.

[5] "Writing off" a tax debt does not extinguish or forgive it; it is an internal bookkeeping device that

disposition expresse en la matière dans cette Loi elle-même, il échet d'examiner au premier chef en l'espèce si l'exercice du pouvoir de perception que le ministre tient de la loi est soumis à un délai de prescription, que ce soit celui prévu à l'article 32 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 31] de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 [mod., *idem*, art. 21] ou celui prévu par la loi provinciale applicable. Le demandeur soutient qu'il y a un délai de prescription; le ministre dit le contraire.

[2] La Cour est saisie de cette question par voie de recours en contrôle judiciaire introduit sous le régime de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5). L'objet du recours est une lettre en date du 15 janvier 1998 d'une certaine M<sup>me</sup> Nasim Kara, du bureau de Revenu Canada à Richmond (Colombie-Britannique), informant le demandeur qu'il devait plus de 770 583,42 \$ en impôt en souffrance. Le demandeur conclut maintenant à jugement déclarant qu'il ne doit pas cette somme et à ordonnance interdisant au ministre d'envoyer des sommations de payer à ses débiteurs.

## B. LES FAITS DE LA CAUSE

[3] Le demandeur, M. Markevich, était pendant toute la période en question un résident de la Colombie-Britannique. Durant les premières années 1980, il a omis de payer l'impôt sur le revenu gagné dans la promotion de valeurs mobilières. Il n'a jamais contesté la validité ou l'exactitude des avis de cotisation envoyés par le ministre.

[4] En 1986, Revenu Canada a établi qu'il devait 267 437,61 \$ en impôt. En 1987, sa maison a été vendue et le Ministère a affecté le produit de la vente à l'apurement partiel de sa dette fiscale. Dans le courant de l'année, Revenu Canada a décidé de «radier» le solde de l'impôt encore dû, par ce motif que le demandeur n'avait aucun autre actif ni revenu, et qu'il n'y avait aucune perspective réaliste de perception dans un avenir prévisible.

[5] «Radier» une dette ne signifie pas l'éteindre ou en faire grâce; il s'agit d'une opération comptable

removes a taxpayer's tax debt from Revenue Canada's active collection list. Subsection 25(3) of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 (as amended) provides that "[t]he writing off of any debt, obligation or claim pursuant to this section does not affect any right of Her Majesty to collect or recover the debt, obligation or claim."

[6] From 1992 the applicant reported income on his tax returns; in some years he was late in paying the amount for which he was assessed. After making payments in respect of those years, he received a statement of account in September 1993 showing the balance owing to Revenue Canada as \$0. In the years 1995 to 1997 he again fell into arrears, and requirements to pay were issued to debtors informing them of the tax owing by the taxpayer and requiring them to pay to Revenue Canada money that they owed to the applicant. During the period 1995 to 1997, the statements of account sent to the applicant, and the requirements to pay issued to its debtors, showed him as owing only the tax due in respect of those years, not the larger amount owing from the years before 1986.

[7] However, in January 1998 the applicant was informed that he also owed unpaid taxes assessed in the years up to 1986 in the amount \$770,583.42, which comprised \$267,437.61 of unpaid taxes and \$503,145.81 of accrued interest. Apparently as a result of a change of policy, previously written off tax debts are now included by Revenue Canada in both the statements of account sent to taxpayers, and any requirements to pay issued to taxpayers' debtors.

[8] Having heard virtually nothing about this debt in any of his communications with Revenue Canada since 1986, and having neither acknowledged nor made any payments in respect of this indebtedness since 1986, the applicant was taken aback when he received this information in January 1998. In particular, he feared that the inclusion of this large amount in any requirements to pay that Ms. Kara indicated would be issued to his debtors would be extremely damaging to him in the conduct of his business.

interne qui enlève la dette fiscale d'un contribuable du rôle de perception active de Revenu Canada. Le paragraphe 25(3) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 (modifiée), prévoit que «[l]a radiation visée au présent article ne porte pas atteinte au droit de Sa Majesté de recouvrer la créance en cause».

[6] Depuis 1992, le demandeur fait état d'un revenu dans ses déclarations d'impôt; certaines années, il a tardé à payer l'impôt établi. Après paiement de l'impôt pour ces années, il a reçu en septembre 1993 un état de compte où le solde dû à Revenu Canada était 0 \$. Pour les années 1995 à 1997, il était de nouveau en retard de paiement, et des sommations de payer ont été envoyées à ses débiteurs pour les informer de la dette fiscale du contribuable et leur enjoindre de payer à Revenu Canada ce qu'ils devaient au demandeur. Durant cette période, les relevés de compte envoyés au demandeur et les sommations de payer envoyées à ses débiteurs indiquaient seulement le montant de l'impôt dû pour ces années, et non le montant plus important de la dette fiscale antérieure à l'année 1986.

[7] En janvier 1998 cependant, il a été informé qu'il devait aussi l'impôt impayé des années antérieures, jusqu'en 1986 inclusivement, savoir 770 583,42 \$ dont 267 437,61 \$ pour l'impôt en souffrance et 503 145,81 \$ pour les intérêts courus. Il appert qu'à la suite d'un changement dans la politique en la matière, les dettes fiscales antérieurement radiées sont maintenant incluses par Revenu Canada dans les relevés de compte envoyés aux contribuables comme dans les sommations de payer envoyées, le cas échéant, à leurs débiteurs.

[8] N'ayant pratiquement rien entendu au sujet de cette dette dans toutes ses communications avec Revenu Canada depuis 1986, et n'ayant ni reconnu la dette ni effectué aucun paiement à ce titre depuis 1986, le demandeur a été tout décontenancé par cette information reçue en janvier 1998. En particulier, il craignait que la mention de cette somme considérable dans les sommations de payer dont M<sup>me</sup> Kara lui disait qu'elles seraient envoyées à ses débiteurs ne soit extrêmement préjudiciable à son entreprise. Il y a

However, it should also be noted that in August 1996 the applicant had been told that the assessment notice issued for the tax year 1993 did not include a previously unpaid tax liability and that a detailed statement would follow. It did not.

### C. JURISDICTION

[9] The respondent made a preliminary objection to the Court's jurisdiction to entertain this proceeding. The argument was that only a "decision or order" may be the subject of an application for judicial review under section 18.1 of the *Federal Court Act*. The letter written on behalf of the Minister, which is identified in the applicant's originating notice of motion as the subject of the application for judicial review, was simply informative in nature and did not purport to determine or otherwise affect any legal rights or duties of the applicant. It was not a "decision or order", and was therefore unreviewable by this Court. Indeed, on very similar facts to those at bar, this was the conclusion reached by Teitelbaum J. in *Fuchs v. R.*, [1997] 2 C.T.C. 246 (F.C.T.D.).

[10] With all respect, I do not share this rather limited view of the scope of the subject-matter of this Court's judicial review jurisdiction. The words "decision or order" are found in subsection 18.1(2) of the *Federal Court Act*, which provides that an application for judicial review of a "decision or order" must be made within 30 days after the time that the decision or order was first communicated by the decision maker. In my opinion, this subsection simply provides a limitation period within which an application for judicial review of a decision or order must normally be made. It does not say that only decisions or orders may be the subject of an application for judicial review, nor does it say that administrative action other than decisions or orders are subject to the 30-days limitation period: *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.).

[11] It seems to me that the permitted subject-matter of an application for judicial review is contained in subsection 18.1(3), which provides that on an application for judicial review the Trial Division may order

cependant lieu de noter aussi qu'en août 1996, il avait été informé que l'avis de cotisation établi pour l'année d'imposition 1993 ne comprenait pas la dette fiscale antérieure et qu'un relevé détaillé suivrait. Ce relevé n'a pas été envoyé.

### C. COMPÉTENCE

[9] La défenderesse conteste la compétence de la Cour en la matière, par ce motif que seule une «décision ou ordonnance» peut faire l'objet du recours en contrôle judiciaire prévu à l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La lettre envoyée au nom du ministre, identifiée dans la requête introductive d'instance du demandeur comme étant l'objet du recours en contrôle judiciaire, n'était qu'un moyen d'information et n'entendait délimiter ou affecter ses droits ou obligations de quelque manière que ce soit. Elle n'était pas une «décision ou ordonnance» et, de ce fait, échappait au contrôle de la Cour. D'ailleurs, le juge Teitelbaum a tiré dans *Fuchs c. R.*, [1997] 2 C.T.C. 246 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la même conclusion sur des faits fort semblables.

[10] Je ne partage pas cette conception plutôt restrictive de ce qui peut relever du pouvoir de contrôle de la Cour. Les mots «décision ou [. . .] ordonnance» se trouvent au paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, aux termes duquel la demande de contrôle judiciaire doit être présentée dans les 30 jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de «sa décision ou de son ordonnance». À mon avis, ce paragraphe ne fait que prévoir le délai dans lequel la demande de contrôle judiciaire contre une décision ou ordonnance doit normalement être introduite, sous peine de prescription. Il ne dit pas que seules les décisions ou ordonnances peuvent faire l'objet d'un recours en contrôle judiciaire, il ne dit pas non plus qu'une mesure administrative autre qu'une décision ou ordonnance est soumise au délai de prescription de 30 jours; voir *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.).

[11] Il me semble que les matières sujettes à contrôle judiciaire sont prévues au paragraphe 18.1(3), aux termes duquel la Section de première instance, saisie du recours, peut ordonner à l'office fédéral

a federal agency to do any act or thing that it has unlawfully failed or refused to do, or declare invalid or set aside and refer back, prohibit or restrain “a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal” [emphasis added]. The words “act or proceeding” are clearly broad in scope and may include a diverse range of administrative action that does not amount to a “decision or order”, such as subordinate legislation, reports or recommendations made pursuant to statutory powers, policy statements, guidelines and operating manuals, or any of the myriad forms that administrative action may take in the delivery by a statutory agency of a public program: see *Krause v. Canada, supra*.

[12] However, in order to qualify as an “act or proceeding” that is subject to judicial review, the administrative action impugned must be an “act or proceeding” of a “federal board, commission or other tribunal”, that is a body or person “having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament” (subsection 2(1) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1] of the *Federal Court Act*). While the letter written on the Minister’s behalf to the applicant that is the subject-matter of this application for judicial review was not an act or proceeding by a federal body in the exercice of any statutory power, the Minister, of course, is a person having statutory powers under the *Income Tax Act*.

[13] Even though not taken in the exercise of a statutory power, administrative action by a person having statutory powers may be reviewable as an “act or proceeding” under paragraph 18.1(3)(b) if it affects the rights or interests of individuals. The letter in question here contained no decision made pursuant to a statutory power, nor did it explicitly purport adversely to affect any right or interest of the applicant. However, it is a reasonable inference from both the letter, and the applicant’s communications with Ms. Kara, the writer of the letter, that it signified that Revenue Canada had made a decision to try to collect the unpaid tax and intended to take measures to attempt to recover the previously “written off” tax debt. And, as is apparent from the requirements to pay

concerné d’accomplir tout acte qu’il a illégalement omis ou refusé d’accomplir, ou déclarer nul ou illégal, renvoyer pour jugement, ou prohiber ou restreindre «toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l’office fédéral» [non souligné dans l’original]. Les mots «procédure ou tout autre acte» ont clairement une portée générale et peuvent comprendre une grande diversité d’actions administratives qui ne sont pas pour autant des «décisions ou ordonnances», par exemple les règlements, rapports ou recommandations relevant de pouvoirs légaux, les énoncés de politique, lignes directrices et guides, ou l’une quelconque des formes multiples que peut prendre l’action administrative dans la prestation d’un programme public par un organisme public; voir *Krause c. Canada*, précité.

[12] N’est cependant considéré comme «procédure ou tout autre acte» susceptible de contrôle judiciaire que l’acte administratif qui représente une «procédure ou tout autre acte» d’un «office fédéral», savoir un conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne «ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale» (paragraphe 2(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1] de la *Loi sur la Cour fédérale*). La lettre envoyée au demandeur au nom du ministre, et qui fait l’objet de ce recours en contrôle judiciaire, n’était certes ni un acte ni une procédure d’un office fédéral dans l’exercice d’un pouvoir légal, mais le ministre est une personne ayant les pouvoirs légaux, qu’il tient de la *Loi de l’impôt sur le revenu*.

[13] Même si elle ne s’inscrit pas dans l’exercice d’un pouvoir légal, la mesure administrative prise par une personne ayant des pouvoirs légaux peut être soumise au contrôle judiciaire à titre de «procédure ou tout autre acte» par application de l’alinéa 18.1(3)(b) si elle touche aux droits ou intérêts d’individus. La lettre en question ne comportait aucune décision prise en application d’un pouvoir légal, ni n’était expressément censée porter atteinte à un droit ou intérêt quelconque du demandeur. Cependant, on peut raisonnablement interpréter ce document ainsi que les communications entre le demandeur et M<sup>me</sup> Kara, sa rédactrice, comme signifiant que Revenu Canada avait décidé de procéder au recouvrement de l’impôt en souffrance et entendait faire le nécessaire pour recouvrer la dette fiscale

that were subsequently issued, this was indeed the case.

[14] There is no doubt that it is potentially very damaging to a taxpayer's business or professional reputation for Revenue Canada to issue requirements to pay that disclose that a taxpayer is in default on a large unpaid tax debt and require the debtor to pay to Revenue Canada whatever the debtor owes to the taxpayer. The *Income Tax Act* provides no remedy by which a taxpayer can challenge the validity of the issuance of a requirement to pay. In my opinion, it would be a serious gap in the Court's supervisory jurisdiction if it could not entertain a challenge to the issuance of a requirement to pay where, as here, the ground of the challenge could not have been raised by the taxpayer on receipt of the notice of assessment.

#### D. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[15] It will be necessary in the course of these reasons to refer to a number of provisions in the federal *Income Tax Act* and the *Income Tax Act* of British Columbia [R.S.B.C. 1996, c. 215]. To set them all out at this stage would be both unnecessary and distracting. I shall therefore set out here only the statutory provisions that are of central importance to the disposition of this application.

*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50

32. Except as otherwise provided in this Act or in any other Act of Parliament, the laws relating to prescription and the limitation of actions in force in a province between subject and subject apply to any proceedings by or against the Crown in respect of any cause of action arising in that province, and proceedings by or against the Crown in respect of a cause of action arising otherwise than in a province shall be taken within six years after the cause of action arose.

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 [subsection 224(1) (as am. by S.C. 1994, c. 21, s. 101)].

antérieurement «radiée». Et tel était effectivement le cas, comme en témoignent les sommations de payer envoyées par la suite.

[14] Ce serait, à n'en pas douter, potentiellement très dommageable pour l'entreprise et la réputation professionnelle du contribuable si Revenu Canada envoyait des sommations de payer qui révèlent que celui-ci est en défaut de paiement d'une dette fiscale considérable et obligeait son débiteur à payer à Revenu Canada ce qu'il doit au contribuable. La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit aucune voie de droit que pourrait exercer le contribuable pour contester la validité de la sommation de payer. À mon avis, ce serait une grave lacune dans le pouvoir de contrôle de la Cour si elle ne pouvait connaître du recours contre la sommation de payer dans les cas où, comme en l'espèce, le contribuable est dans l'impossibilité de faire valoir le motif de contestation à la réception de l'avis de cotisation.

#### D. LES TEXTES APPLICABLES

[15] Il sera nécessaire de citer dans le cours des présents motifs certaines dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (fédérale) et de la loi provinciale de l'impôt sur le revenu, *Income Tax Act* [R.S.B.C. 1996, ch. 215], de la Colombie-Britannique. Ce serait nous encombrer inutilement l'esprit que de les reproduire toutes à ce stade de l'analyse. Je ne citerai donc que les textes qui sont de première importance pour le jugement de ce recours.

*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50

32. Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s'appliquent lors des poursuites auxquelles l'État est partie pour tout fait générateur survenu dans la province. Lorsque ce dernier survient ailleurs que dans une province, la procédure se prescrit par six ans.

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 [paragraphe 224(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 21, art. 101)].

222. All taxes, interest, penalties, costs and other amounts payable under this Act are debts due to Her Majesty and recoverable as such in the Federal Court or any other court of competent jurisdiction or in any other manner provided by this Act.

...

224. (1) Where the Minister has knowledge or suspects that a person is, or will be within one year, liable to make a payment to another person who is liable to make a payment under this Act (in this subsection and subsections (1.1) and (3) referred to as the “tax debtor”), the Minister may in writing require the person to pay forthwith, where the moneys are immediately payable, and in any other case as and when the moneys become payable, the moneys otherwise payable to the tax debtor in whole or in part to the Receiver General on account of the tax debtor’s liability under this Act.

*Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266

1 ...

“action” includes any proceeding in a court and any exercise of a self help remedy;

...

3 (1) ...

(5) Any other action not specifically provided for in this Act or any other Act may not be brought after the expiration of 6 years after the date on which the right to do so arose.

...

9 (1) On the expiration of a limitation period set by this Act for a cause of action to recover any debt, damages or other money, or for an accounting in respect of any matter, the right and title of the person formerly having the cause of action and of a person claiming through the person in respect of that matter is, as against the person against whom the cause of action formerly lay and as against the person’s successors, extinguished.

...

(3) A cause of action, whenever arising, to recover costs on a judgment or to recover arrears of interest on principal money is extinguished by the expiration of the limitation period set by this Act for an action between the same parties on the judgment or to recover the principal money. [Emphasis added.]

222. Tous les impôts, intérêts, pénalités, frais et autres montants payables en vertu de la présente loi sont des dettes envers Sa Majesté et recouvrables comme telles devant la Cour fédérale ou devant tout autre tribunal compétent, ou de toute autre manière prévue par la présente loi.

[. . .]

224. (1) S’il sait ou soupçonne qu’une personne est ou sera, dans les douze mois, tenue de faire un paiement à une autre personne qui, elle-même, est tenue de faire un paiement en vertu de la présente loi (appelée «débiteur fiscal» au présent paragraphe et aux paragraphes (1.1) et (3)), le ministre peut exiger par écrit de cette personne que les fonds autrement payables au débiteur fiscal soient en totalité ou en partie versés, sans délai si les fonds sont immédiatement payables, sinon au fur et à mesure qu’ils deviennent payables, au receveur général au titre de l’obligation du débiteur fiscal en vertu de la présente loi.

*Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 266

[TRADUCTION]

1 [. . .]

«action» s’entend également de toute procédure judiciaire et de l’exercice de toute voie de droit extrajudiciaire.

[. . .]

3 (1) [. . .]

(5) Toute autre action qui n’est pas expressément prévue dans la présente loi ou une autre loi, se prescrit par six ans à compter de la date où prend naissance le droit d’agir en justice.

[. . .]

9 (1) À l’expiration du délai de prescription prévu à la présente loi pour l’action en recouvrement de dette, dommages-intérêts ou autre somme due, ou en reddition de compte, s’éteignent, à l’égard de la personne contre laquelle le droit d’action aurait été exercé et de ses successeurs, le droit et le titre de celui qui avait ce droit d’action comme de quiconque le revendique par l’intermédiaire de ce dernier.

[. . .]

(3) Le droit d’agir, le cas échéant, en recouvrement des frais et dépens ou en recouvrement d’arriéré d’intérêts ou de capital s’éteint à l’expiration du délai de prescription prévu à la présente Loi pour l’action entre les mêmes parties en ce qui concerne le jugement ou le recouvrement du capital. [C’est moi qui souligne.]

## E. ISSUES

[16] Although they will be broken into several more specific components, the principal issues raised by this litigation are as follows:

1. Does section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act* apply to the exercise by the Minister of National Revenue of the statutory power to issue requirements to pay with respect to a duly assessed tax liability under the *Income Tax Act*?

2. If it does, is the applicant's liability under the *Income Tax Act* one that "arises in a province", or "otherwise than in a province"?

3. If it arises in a province, is the issue of a requirement to pay a "proceeding in a court" or an "exercise of a self help remedy" within the definition of "action" in section 1 of the British Columbia *Limitation Act*?

4. Regarding the requirement to pay issued with respect to unpaid taxes under the British Columbia *Income Tax Act*:

(i) does the British Columbia *Income Tax Act* exclude the application of the British Columbia *Limitation Act* from governing the time within which the Minister must exercise the power to collect the tax?

(ii) if it does not, does the British Columbia *Limitation Act* apply to the exercise of powers by a Minister of the federal Crown pursuant to the British Columbia *Income Tax Act*?

## F. ANALYSIS

[17] Before embarking on a detailed analysis of the issues described above, it will be helpful to bear in mind the approaches to the interpretation of taxation statutes adopted by the courts in recent years. At one time, the principal presumption of statutory interpretation in this area of the law was that taxing statutes should be construed narrowly in favour of the

## E. LES POINTS LITIGIEUX

[16] Bien qu'ils se décomposent en plusieurs éléments plus spécifiques, les principaux points en litige sont les suivants:

1. L'article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* s'applique-t-il à l'exercice par le ministre du Revenu national du pouvoir légal d'envoyer des sommations de payer relatives à une dette fiscale régulièrement établie en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*?

2. Dans l'affirmative, la dette à laquelle le demandeur est tenu en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'est-elle produite «dans une province» ou «ailleurs que dans une province»?

3. Si elle s'est produite dans une province, la sommation de payer est-elle une [TRADUCTION] «procédure judiciaire» ou une [TRADUCTION] «voie de droit extrajudiciaire» au sens de la définition d'«action» à l'article premier de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique?

4. En ce qui concerne la sommation de payer relative à l'impôt en souffrance par application de la *Income Tax Act* de la Colombie-Britannique:

i) celle-ci exempte-t-elle du délai de prescription prévu à la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique, l'exercice par le ministre du pouvoir de recouvrer l'impôt impayé?

ii) sinon, la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique s'applique-t-elle à l'exercice par un ministre fédéral des pouvoirs prévus à la *Income Tax Act* de la Colombie-Britannique?

## F. ANALYSE

[17] En vue de l'analyse détaillée des points litigieux ci-dessus, il convient de se rappeler la façon dont les tribunaux ont interprété les lois fiscales ces dernières années. À une époque, la première présomption en vigueur dans ce domaine était qu'il fallait interpréter les lois fiscales de façon restrictive en faveur du contribuable, auquel il fallait aussi accorder le béné-

taxpayer, who should also be given the benefit of any doubt about the meaning of the legislative provisions in dispute: *Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46.

[18] More recently, however, the courts have developed other interpretative approaches or principles that undoubtedly limit the influence previously exercised by the presumption requiring a narrow interpretation of tax legislation in favour of the taxpayer. The following passage from the judgment of Gonthier J. in *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, at pages 17-18 provides authoritative guidance to the current interpretation of tax legislation:

... there is no longer any doubt that the interpretation of tax legislation should be subject to the ordinary rules of construction. At page 87 of his text *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), Driedger fittingly summarizes the basic principles: "... the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament". The first consideration should therefore be to determine the purpose of the legislation, whether as a whole or as expressed in a particular provision. . . .

...

The teleological approach makes it clear that in tax matters it is no longer possible to reduce the rules of interpretation to presumptions in favour of or against the taxpayer or to well-defined categories known to require a liberal, strict or literal interpretation.

[19] In addition, as the *Income Tax Act* recognizes, the principle of "horizontal equity" among taxpayers is an important policy objective of the statute, so that whenever possible the Act should be interpreted to ensure that taxpayers who are similarly situated should pay the same amount of tax: *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at pages 751-752. The cost of the failure to collect duly assessed tax must inevitably be borne by other taxpayers and the population at large.

[20] Nonetheless, the special nature of tax legislation, and in particular the reliance placed upon its

force du doute sur le sens de tout texte de loi en jeu: *Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46.

[18] Plus récemment, cependant, les tribunaux ont adopté d'autres conceptions ou principes d'interprétation qui limitent indubitablement l'influence exercée par l'ancienne présomption présidant à l'interprétation restrictive en faveur du contribuable. Le passage suivant des motifs prononcés par le juge Gonthier dans *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, aux pages 17 et 18, définit la règle d'interprétation actuellement en vigueur pour la législation fiscale:

Il ne fait plus de doute [...] que l'interprétation des lois fiscales devrait être soumise aux règles ordinaires d'interprétation. Driedger, à la p. 87 de son volume *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), en résume adéquatement les principes fondamentaux: [TRADUCTION] «... il faut interpréter les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur». Primauté devrait donc être accordée à la recherche de la finalité de la loi, que ce soit dans son ensemble ou à l'égard d'une disposition précise de celle-ci [...]

[...]

L'approche téléologique fait clairement ressortir qu'il n'est plus possible, en matière fiscale, de réduire les principes d'interprétation à des présomptions en faveur ou au détriment du contribuable ou encore à des catégories bien circonscrites dont on saurait si elles requièrent une interprétation libérale, stricte ou littérale.

[19] En outre, tel qu'il est consacré dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le principe d'«équité horizontale» entre contribuables est un des objectifs fondamentaux de cette loi, laquelle, de ce fait, doit être autant que possible interprétée de manière à garantir que les contribuables qui se trouvent dans le même cas paient le même montant d'impôt: *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, aux pages 751 et 752. Le manque à gagner tenant au défaut de percevoir l'impôt régulièrement établi est immanquablement supporté par les autres contribuables et par la population dans son ensemble.

[20] Néanmoins, la nature spéciale de la législation fiscale, et en particulier le fait que les gens se guident

provisions by those planning their affairs in order to minimize or avoid tax liability, has meant that the broad and purposive approach applied to legislation in general is not applied to the same extent to the interpretation of tax statutes. The “plain meaning” rule retains a vigour in this area that it does not have elsewhere: see, for example, *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312, at pages 326-327. And in *2747-3174 Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at pages 1013-1014, L'Heureux-Dubé J. said that, for these reasons, and because business practice has often contextualized the meaning of words used in tax statutes, the “plain meaning” rule should be given priority over the purposive or “modern” approach with which courts generally approach the interpretation of legislation.

#### Issue 1

[21] In order to establish that section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act* applies to the Minister's exercise of the power to issue requirements to pay, the applicant must show that the following two elements are satisfied.

- (i) Is the issue of a requirement to pay a “proceeding with respect to any cause of action arising in a province”.

[22] There are two methods by which the Minister may seek to collect a debt that is owing as a result of an unpaid tax liability under section 222 of the *Income Tax Act*. First, the Minister may institute legal proceedings by way of a statement of claim for the recovery of a debt in the Federal Court or any other court of competent jurisdiction. Second, the Minister may employ one of the statutory collection methods that do not require the institution of an action. These include registering a certificate of indebtedness with the Federal Court under section 223 [as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 129] of the *Income Tax Act* and issuing to third party debtors a requirement to pay under section 224 [as am. by S.C. 1994, c. 21, s. 101] of the Act.

sur ses dispositions pour organiser leurs affaires en vue de réduire au minimum ou à néant l'impôt à payer, font que la méthode d'interprétation libérale et téléologique des lois en général ne s'applique pas tout à fait à l'interprétation des lois fiscales. La règle d'interprétation selon le «sens ordinaire» retient dans ce domaine une vigueur qu'elle n'a pas ailleurs: voir par exemple *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, aux pages 326 et 327. Et dans *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, aux pages 1013 et 1014, M<sup>me</sup> le juge L'Heureux-Dubé fait remarquer que, pour ces raisons et du fait que le monde des affaires a souvent contextualisé le sens des termes employés dans les lois fiscales, la règle d'interprétation selon «le sens ordinaire» doit primer la méthode d'interprétation téléologique ou «moderne» qui a cours.

#### Le premier point litigieux

[21] Pour faire valoir que l'article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratifs* s'applique à l'exercice par le ministre du pouvoir d'envoyer des sommations de payer, le demandeur doit faire la preuve des deux éléments suivants.

- (i) La sommation de payer est-elle «une poursuite pour tout fait générateur survenu dans une province»?

[22] Le ministre dispose de deux méthodes pour recouvrer l'impôt en souffrance en application de l'article 222 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En premier lieu, il peut intenter une action en recouvrement de dette par voie de déclaration en Cour fédérale ou devant tout autre tribunal compétent. En second lieu, il peut recourir à l'une des méthodes légales de recouvrement sans avoir à intenter une action en justice. Ces méthodes comprennent notamment l'enregistrement d'un certificat de dette fiscale auprès de la Cour fédérale en application de l'article 223 [mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 129] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la signification aux tiers débiteurs d'une sommation de payer en application de l'article 224 [mod. par L.C. 1994, ch. 21, art. 101] de la même Loi.

[23] The applicant's first argument was that section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act* applies to anything that is a "proceeding", and that the phrase "in respect of any cause of action" only modifies the words that follow it, namely, "arising in that province" or, when relevant, "otherwise than in a province". He then relied on cases where it has been said that "proceedings" is a word of the broadest connotation and is not confined to measures taken in court or as a step in the initiation or prosecution of litigation.

[24] Thus, in *Royce v. Municipality of Macdonald* (1909), 12 W.L.R. 347 (Man. C.A.) it was held that the sale of property under a writ of *fiery facias* in the execution of a judgment was "a proceeding" for the purpose of a municipal taxing statute.

[25] Similarly, in *E. H. Price Limited v. The Queen*, [1983] 2 F.C. 841 (C.A.) the Federal Court of Appeal held that the registration in the Federal Court by the Minister of National Revenue of a certificate of indebtedness was a "proceeding by the Crown" for the purpose of the then subsection 38(2) of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], which prescribed the limitation period applicable to proceedings by and against the Crown. And in *Twinriver Timber Ltd. v. R. in Right of B.C.* (1980), 25 B.C.L.R. 175 (B.C.C.A.) affirming (1979), 15 B.C.L.R. 38 (B.C.S.C.) the British Columbia Court of Appeal concluded that the filing of a certificate of default for taxes due constituted an "action" within the meaning of section 1 of the provincial *Limitation Act* and that therefore the six-year limitation period was applicable.

[26] The difficulty that I have with this argument is that it depends upon reading the words of section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act* in an artificial and compartmentalized fashion. It seems to me that a more natural interpretation of the words "proceedings . . . in respect of any cause of action

[23] Le premier argument du demandeur est que l'article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratifs* s'applique à tout ce qui est une «poursuite» (la même notion, correspondant au terme anglais «*proceeding*»), se dit «procédure» à l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* et que la locution «pour tout fait générateur» a pour fonction unique de qualifier les mots qui suivent, savoir «dans la province» ou, le cas échéant, «ailleurs que dans une province». Il cite à cet effet les causes dans lesquelles il a été jugé que le mot «poursuites» (ou «procédure») a un sens très large et ne se limite aux actions en justice ou aux procédures engagées pour intenter ou pour poursuivre une instance judiciaire.

[24] Ainsi, il a été jugé dans *Royce v. Municipality of Macdonald* (1909), 12 W.L.R. 347 (C.A. Man.) que la vente d'un bien immeuble en exécution d'un bref de *fiery facias* faisant suite à un jugement était «une procédure» engagée dans le contexte d'un règlement fiscal municipal.

[25] De même, dans *E. H. Price Limited c. La Reine*, [1983] 2 C.F. 841 (C.A.), la Cour d'appel fédérale a jugé que l'enregistrement par le ministre du Revenu national d'un certificat de dette fiscale en Cour fédérale était une «procédure engagée par ou contre la Couronne» au regard du paragraphe 38(2) en vigueur à l'époque de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10], qui prévoyait le délai de prescription applicable en la matière. Et dans *Twinriver Timber Ltd. v. R. in Right of B.C.* (1980), 25 B.C.L.R. 175 (C.A.C.-B.) confirmant (1979), 15 B.C.L.R. 38 (C.S.C.-B.), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que l'enregistrement d'un certificat de défaut de paiement d'impôt exigible constituait une «action» au sens de l'article premier de la loi provinciale sur la prescription des actions et se prescrivait donc par six ans.

[26] La faiblesse de cet argument tient à ce qu'il est fondé sur une interprétation artificielle et compartimentée des termes de l'article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*. Il me semble qu'une interprétation plus naturelle des mots «poursuites [. . .] pour tout fait

arising in that province” is that they constitute a single concept, so that each of the components limits what precedes it. Thus, the phrase “in respect of any cause of action” limits the scope of the word “proceedings”, and “arising in that province” locates the “cause of action”.

[27] In my opinion, therefore, the relevant question at this stage of the inquiry is whether the issue of a requirement to pay is a “proceeding with respect to a cause of action”. Returning to *E. H. Price Limited*, the respondent argued that the Court in that case concluded that the registration of a certificate was a “[proceeding] brought by or against the Crown” for the purpose of subsection 38(2), as it then was, of the *Federal Court Act*. However, the Court also said that the registration was not a “proceeding in the Court with respect to a cause of action” for the purpose of the limitation period prescribed by subsection 38(1).

[28] The absence of the words, “in the Court”, from section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act* arguably makes section 32 broader in scope than subsection 38(2) of the *Federal Court Act* that was considered in *E. H. Price Limited*. In an attempt to refute this argument, counsel for the respondent submitted that the words, “in the Court”, are merely formulaic in nature and are found throughout the *Federal Court Act*, where their function is simply to limit the application of its provisions to the Federal Court of Canada.

[29] The words, “in the Court”, should therefore not be read in the former subsection 38(1) of the *Federal Court Act* as imposing any kind of limit on the concept of a “proceeding with respect to a cause of action”, other than to locate it in the Federal Court of Canada. Thus, the conclusion in *E. H. Price Limited* that the registration of a certificate under the *Excise Tax Act* [R.S.C. 1970, c. E-13] was not a “proceeding in the Court with respect to a cause of action” disposes of the applicant’s contention that a requirement to pay is a “proceeding with respect to a cause of action” for the purpose of section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act*.

générateur survenu dans la province» est qu’ils forment un seul concept, dans lequel chacun des éléments limite ce qui le précède. C’est ainsi que la locution «pour tout fait générateur» limite la portée du terme «poursuites», et les mots «survenu dans la province» localisent le «fait générateur».

[27] La question qui se pose donc en ce stade de l’examen est de savoir si la sommation de payer vaut «poursuite pour un fait générateur». Citant *E. H. Price Limited*, le demandeur soutient qu’il y a été jugé que l’enregistrement d’un certificat constituait une «[procédure engagée] par ou contre la Couronne» au regard du paragraphe 38(2) en vigueur à l’époque de la *Loi sur la Cour fédérale*. Cependant, il y a été jugé aussi que l’enregistrement n’était pas «une procédure devant la Cour relativement à une cause d’action» pour ce qui était du délai de prescription prévu au paragraphe 38(1).

[28] On pourrait soutenir que l’absence des mots «devant la Cour» de l’article 32 de la *Loi sur la responsabilité de l’État et le contentieux administratif* fait que ce dernier a un champ d’application plus étendu que le paragraphe 38(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui était en jeu dans *E. H. Price Limited*. En réfutation de cet argument, l’avocate du défendeur soutient que les mots «devant la Cour» sont juste une figure de style et se retrouvent tout au long de la *Loi sur la Cour fédérale*, où ils ont pour seule fonction de limiter l’application des dispositions de cette Loi à la Cour fédérale du Canada.

[29] Les mots «devant la Cour» figurant à l’ancien paragraphe 38(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* ne devraient donc pas s’interpréter comme imposant quelque limite que ce soit au concept de «procédure relative à une cause d’action», mais comme en localisant le contexte à la Cour fédérale du Canada. Ainsi donc, la conclusion tirée dans *E. H. Price Limited* que l’enregistrement d’un certificat prévu à la *Loi sur la taxe d’accise* [S.C.R. 1970, ch. E-13] n’était pas une «procédure devant la Cour relativement à une cause d’action» réduit à néant l’argument du demandeur qu’une sommation de payer est une «poursuite pour un fait générateur» au sens de l’article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*.

[30] A difficulty with this argument is that, in distinguishing subsections 38(1) and (2) in *E. H. Price Limited*, Clement D.J. emphasized the presence of the words “in the Court” (or “in court” as he also sometimes incorrectly put it) in subsection 38(1). This is what he seems to have regarded as preventing him from concluding that registering a certificate of indebtedness fell within that subsection, but permitted him to decide that it did fall within subsection 38(2), where the operative words were “proceedings brought by or against the Crown”, with no “in the court” limitation. In view of this, I am unable to conclude that *E. H. Price Limited* is as damaging to the applicant’s case as the respondent contends.

[31] Counsel for the respondent also argued that, by their very nature, statutory limitation periods operate as defences raised to proceedings taken in the course of litigation. A requirement to pay is not issued as a result of any court process and therefore statutes of limitation are simply irrelevant to the timing of its issuance. While the applicant’s failure to pay tax due undoubtedly created a cause of action in the respondent, the respondent had elected not to pursue that cause of action, but to have resort to one of the statutory debt collection tools provided by the *Income Tax Act*. The existence of an uninvoked cause of action is not sufficient to render the issue of a requirement to pay a proceeding “with respect to a cause of action”.

[32] Support for this view, albeit in a rather different context, can be found in *Mark v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (1991), 50 F.T.R. 157 (F.C.T.D.), where Cullen J. held that the suspension of a commercial fishing licence for allegedly breaching fishery regulations was not “a proceeding in any cause or matter” that could be the subject of a stay by the Court pursuant to section 50 of the *Federal Court Act*, even though the Minister could presumably have instituted proceedings in Court for any breach of the regulations.

[30] La faiblesse de cet argument tient à ce qu’en distinguant les paragraphes (1) et (2) de l’article 38 dans *E. H. Price Limited*, le juge suppléant Clement a insisté sur la présence des mots «devant la Cour» (en anglais «*in the Court*», bien qu’à quelques reprises il eût écrit par inadvertance «*in court*», qui signifie à peu près «en justice») au paragraphe 38(1). C’est ce qui l’a apparemment empêché de conclure que l’enregistrement d’un certificat de dette fiscale tombait dans le champ d’application de ce paragraphe, mais lui a permis de décider qu’il tombait sous le coup du paragraphe 38(2), où les termes clés étaient «procédures engagées par ou contre la Couronne», sans la restriction que représente le complément circonstanciel «devant la Cour». Il m’est donc impossible de conclure que le précédent *E. H. Price Limited* est aussi dommageable aux arguments du demandeur que le prétend la défenderesse.

[31] L’avocate représentant le défendeur soutient encore que de par leur nature, les délais de prescription servent d’exceptions opposées aux procédures introduites dans une instance judiciaire. Une sommation de payer n’est envoyée à la suite d’aucune procédure judiciaire; de ce fait, le moment de son envoi n’a rien à voir avec le délai de prescription. Bien que le défaut par le demandeur de payer l’impôt exigible ait indubitablement donné naissance à un droit d’action chez le défendeur, celui-ci avait choisi de ne pas faire valoir ce droit, mais d’avoir recours à l’un des moyens légaux de recouvrement de dette prévus par la *Loi de l’impôt sur le revenu*. L’existence d’un fait générateur non invoqué ne suffit pas à faire de la sommation de payer une procédure «pour un fait générateur».

[32] Cette vue est confortée, encore que ce soit dans un tout autre contexte, par *Mark c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* (1991), 50 F.T.R. 157 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), où le juge Cullen a conclu que la suspension d’un permis de pêche pour cause de violation du règlement applicable n’était pas «une procédure dans toute affaire» que la Cour pourrait suspendre en application de l’article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*, bien que le ministre eût pu intenter une action en justice pour n’importe quelle violation du règlement.

[33] The respondent's submission on the limiting effect of the words "with respect to a cause of action" seems to me persuasive. Nor is it weakened by the fact that limitations statutes may apply both to the initiation of proceedings in court, and to attempts to execute judgments. This is because a judgment is obtained as a result of a litigant's pursuing a cause of action, and the execution of a judgment can therefore readily be characterized as a measure taken "with respect to a cause of action".

[34] My conclusion on this point is sufficient to dismiss the application, but out of deference to the thorough arguments presented by counsel, and in case I am wrong, I shall now consider whether the applicant has established that the other element of section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act* is satisfied.

(ii) Does the *Income Tax Act* exclude the application of section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act*?

[35] The opening words of section 32, "Except as otherwise provided in this Act or in any other Act of Parliament", limit the scope of its application. The respondent's argument is that the *Income Tax Act* contains its own limitation periods that apply to various aspects of the assessment, reassessment, review of assessments and collection of tax. In other words, the statute is a complete code and is not subject to limitation periods prescribed in general legislation dealing with proceedings to which the Crown is a party, or to civil litigation as a whole.

[36] Two cases were brought to my attention where this issue was explicitly raised. In *E. H. Price Limited, supra*, it was held that the limitation statutes did not prescribe the time within which a certificate of indebtedness must be registered with the Court under the *Excise Tax Act*. The Court drew this inference from provisions in the *Excise Tax Act* to the effect that sums payable under it were recoverable "at any time".

[37] A similar inference was drawn in *Brière v. Canada (Employment and Immigration Commission)*,

[33] Je trouve convaincant l'argument du défendeur sur l'effet limitatif des mots «relativement à une cause d'action». Cet argument n'est pas non plus affaibli par le fait que la prescription légale peut s'appliquer à la fois aux actions en justice et aux mesures d'exécution des jugements. Cela s'explique du fait que le jugement résulte de la poursuite par une partie de sa cause d'action, et que l'exécution du jugement peut alors être considérée comme une mesure prise «relativement à une cause d'action».

[34] Ma conclusion sur ce point suffit pour débouter le demandeur de son recours, mais par égard aux arguments soignés proposés par son avocat et au cas où j'aurais tort, j'examinerai maintenant si le demandeur a prouvé que son cas répond à la seconde condition que pose l'article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*.

(ii) La *Loi de l'impôt sur le revenu* déroge-t-elle à l'article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*?

[35] Les premiers mots de l'article 32, «Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale», en limitent le champ d'application. Le défendeur soutient que la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit ses propres délais de prescription, qui s'appliquent aux diverses mesures de cotisation, de nouvelle cotisation, de révision de cotisation et de perception de l'impôt. En d'autres termes, cette loi est un code en soi et n'est pas soumise à la prescription légale applicable en contentieux administratif ou en contentieux civil.

[36] Deux précédents sont cités, où ce point a été expressément invoqué. Dans *E. H. Price Limited*, précité, il a été jugé que l'enregistrement d'un certificat de dette fiscale auprès de la Cour sous le régime de la *Loi sur la taxe d'accise* n'était soumis à aucun délai de prescription. La Cour a tiré cette conclusion des dispositions de cette Loi, aux termes desquelles les sommes dues sous son régime étaient recouvrables «en tout temps».

[37] La même conclusion a été tirée dans *Brière c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*,

[1989] 3 F.C. 88 (C.A.), where the statute prescribed specific limitation periods within which the Commission could recover benefits paid in error to those not entitled. Having failed to comply with the notice provisions under the *Unemployment Insurance Act, 1971* [S.C. 1970-71-72, c. 48], which were relevant to the running of the limitation period, the Commission was not able to rely upon a provision in the *Civil Code of Lower Canada* governing prescription periods in general.

[38] However, since there were words in the statutes in these cases that related to the very measures invoked and alleged to be subject to the limitations statute, the decisions do not bear directly on the problem in the case at bar. However, counsel for the respondent also pointed out that when *E. H. Price Limited*, *supra*, and *Brière*, *supra*, were decided, subsection 38(2) of the *Federal Court Act* stated that it applied unless another act expressly provided otherwise. The word “expressly” no longer appears in section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, thus making it easier for a court to infer from the overall scheme created by the statute that its limitations provisions are exhaustive.

[39] Counsel for the respondent took me through a large number of provisions in the *Income Tax Act* that impose a time limit on other aspects in the assessment and collection of tax. The provision that seemed to me of most direct assistance is section 225.1 [as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 184; Sch. VIII, s. 131; 1998, c. 19, s. 225], which prohibits the collection of tax until the expiry of the 90 days within which the taxpayer may appeal an assessment. The existence of this provision supports an inference from the absence of a prescribed time after which no collection can be made that Parliament intended that there should be no such limitation period.

[40] In addition, I attach some importance to the fact that subsection 152(1) [as am. *idem*, s. 42] of the

[1989] 3 C.F. 88 (C.A.), où la loi applicable prévoyait expressément le délai de recouvrement par la Commission des prestations versées par erreur à ceux qui n’y avaient pas droit. Faute d’avoir observé les dispositions de la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage* [S.C. 1970-71-72, ch. 48] sur le préavis qui fait courir le délai de prescription, la Commission n’a pas pu invoquer la prescription prévue au *Code civil du Bas-Canada*.

[38] Mais, comme les lois en jeu dans ces causes comportaient des termes visant les mesures en question et auxquelles a été opposée l’exception de prescription légale, ces précédents ne s’appliquent pas directement au point litigieux qui nous occupe. Cependant, l’avocate du défendeur fait également observer qu’à l’époque des décisions *E. H. Price Limited* et *Brière*, précitées, le paragraphe 38(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoyait, dans sa version anglaise par l’adverbe «*expressly*», qu’il s’appliquait sauf disposition contraire (expresse) de toute autre loi. Or, ce terme «*expressly*» ne figure plus à l’article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, ce qui permet de conclure plus facilement de la loi prise dans son ensemble que ses dispositions sur le délai de prescription sont exhaustives.

[39] L’avocate du défendeur a passé en revue un grand nombre de dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* qui imposent un délai pour l’accomplissement de diverses mesures dans le processus d’établissement et de perception de l’impôt. La disposition qui me semble la plus directement utile en l’espèce est l’article 225.1 [mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 184; ann. VIII, art. 131; 1998, ch. 19, art. 225], qui interdit la perception de l’impôt avant l’expiration du délai de 90 jours au cours duquel le contribuable peut interjeter appel de la cotisation. L’existence de cette disposition engage à conclure du défaut de prescrire un délai après l’expiration duquel la perception n’est plus possible, que le législateur entendait exclure pareil délai de prescription.

[40] En outre, j’attache une certaine importance au fait que le paragraphe 152(1) [mod., *idem*, art. 42] de

*Income Tax Act* requires the Minister, on the receipt of the taxpayer's return, to examine the return and assess the tax payable "with all due dispatch". This provision ensures that in most cases taxpayers are assessed soon enough after the end of the year in which the income was earned and the return filed, so that the evidence required to challenge the assessment is still likely to be fresh. The fact that the Court has held in *Ginsberg v. Canada*, [1996] 3 F.C. 334 (C.A.) reversing [1994] 2 C.T.C. 2063 (T.C.C.) and *J. Stollar Construction Ltd. v. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 2171 (T.C.C.) that a failure by Revenue Canada to comply with subsection 152(1) does not invalidate the assessment is not inconsistent with Parliament's intention that assessments are to be made promptly.

[41] Other examples of the inclusion in the *Income Tax Act* of specific time limitation periods include: subsections 227.1(4) (two-year limitation period beyond which the Minister may not assess a director of a corporation for corporate tax debts); 152(3.1)(b) (reassessments must normally be undertaken within three years of an assessment); 152(4) [as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 181] (in certain situations the Minister may reassess tax at any time); and 227(10) [as am. *idem*, s. 226] (the Minister may assess a director of a corporation at any time).

[42] I am satisfied that, given the complex and unique nature of the statutory scheme for the levying and collection of income tax, it is a clear inference from the statutory provisions to which I have referred that Parliament has "otherwise provided" for prescription, and that section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act* accordingly does not apply to the collection of a debt arising under section 222 of the *Income Tax Act*.

[43] The courts have often accepted that taxing statutes constitute complete codes into which the legislature did not intend them to import general legal principles, rules or remedies. For example, in *Marcel Grand Cirque Inc. v. Quebec (Deputy Minister of*

*la Loi de l'impôt sur le revenu* fait au ministre obligation, dès réception de la déclaration du contribuable, de l'examiner et de fixer l'impôt «avec toute la diligence possible». Cette disposition garantit que dans la grande majorité des cas, l'impôt est fixé suffisamment tôt après la fin de l'année durant laquelle le revenu a été gagné et la déclaration faite, pour que les preuves nécessaires pour contester la cotisation soient probablement encore fraîches. La conclusion tirée par la Cour dans *Ginsberg c. Canada*, [1996] 3 C.F. 334 (C.A.) infirmant la décision de première instance [1994] 2 C.T.C. 2063 (C.C.I.), et *J. Stollar Construction Ltd. c. M.R.N.*, [1989] 1 C.T.C. 2171 (C.C.I.) que le défaut par Revenu Canada de se conformer au paragraphe 152(1) n'invalide pas la cotisation, ne va pas à l'encontre de la volonté du législateur de faire en sorte que les cotisations soient faites avec diligence.

[41] Parmi les autres dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui prévoient un délai fixe, on peut citer le paragraphe 227.1(4) (délai de deux ans pour recouvrer auprès d'un administrateur la dette fiscale de la société); 152(3.1)b) (la nouvelle cotisation doit normalement être faite dans les trois années qui suivent la cotisation); 152(4) [mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 181] (dans certains cas le ministre peut établir une nouvelle cotisation à une date quelconque); et 227(10) [mod., *idem*, art. 226] (la cotisation établie contre un administrateur de société n'est soumise à aucun délai).

[42] Étant donné la nature complexe et singulière du régime légal d'établissement et de perception de l'impôt sur le revenu, on peut conclure sans peine des dispositions susmentionnées que le législateur a pris des «dispositions contraires» de prescription légale, et que l'article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* ne s'applique pas au recouvrement de la dette fiscale visée à l'article 222 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[43] Il a été jugé à maintes reprises que les lois fiscales constituent des codes complets, dans lesquels le législateur n'entend pas intégrer les principes, règles ou moyens de recours du droit commun. Par exemple, dans *Marcel Grand Cirque Inc. c. Québec (Sous-*

*Revenue*) (1995), 107 F.T.R. 18 (F.C.T.D.), at page 21, this Court held that it had no jurisdiction to entertain a motion in revocation of judgment in respect of a certificate filed with the court in which the taxpayer sought to challenge the assessment of tax on which the certificate was based:

The **Excise Tax Act**, like the **Income Tax Act**, . . . contains in effect a complete code for the collection of taxes pursuant to which a taxpayer, after receiving a notice of assessment, may file a notice of opposition and possibly appeal to the Tax Court of Canada.

[44] Counsel for the applicant, Mr. Worland, had some difficulty in articulating the injustice that his client would suffer if the Minister were permitted to issue requirements to pay, or to take other statutory collection measures, more than six years after the applicant's tax liability had been assessed. The applicant had been assessed promptly and had had an opportunity to challenge these assessments soon enough after the income had been earned to enable him to produce any relevant evidence. In fact, he has never disputed the assessments. His financial inability to pay the arrears would have prevented him from discharging his pre-1986 tax debts earlier, thus avoiding the large amount of interest that has been charged to him. At best, the applicant could be said to have been entitled in 1992 to the peace of mind that comes from knowing that the Minister of National Revenue could no longer pursue him for an old debt.

[45] Although not directly relevant to this application, the logic of the respondent's position is that, since it can be inferred from other provisions in, and the overall structure of, the *Income Tax Act* that section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act* is excluded, the Crown may attempt to collect a tax debt outside the general statutory limitation periods either by one of the statutory collection methods, as here, or by an action for debt. Surprising as it may seem that the Crown's action for debt would not be statute barred, this does seem to be a logical consequence of the respondent's argument. While this consideration has given me some pause, I have decided that it does not tip the balance in favour of the applicant's position.

*ministre du Revenu*) (1995), 107 F.T.R. 18 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 21, la Cour s'est déclarée incompétente pour connaître d'une requête en révocation du jugement relatif à un certificat déposé auprès d'elle, requête par laquelle la contribuable contestait la cotisation d'impôt qui avait donné lieu à ce certificat:

La **Loi sur la taxe d'accise**, tout comme la **Loi de l'impôt sur le revenu**, [. . .] contient en effet un code complet de perception des impôts en vertu duquel, après avoir reçu un avis de cotisation, un contribuable peut loger un avis d'opposition et en appeler éventuellement devant la Cour canadienne de l'impôt.

[44] L'avocat du demandeur, M<sup>e</sup> Worland, n'a pu dire exactement quelle injustice son client subirait si le ministre pouvait envoyer des sommations de payer ou prendre d'autres mesures légales de recouvrement plus de six ans après que sa dette fiscale eut été établie. Le demandeur avait reçu promptement ses cotisations d'impôt et avait eu la possibilité de les contester suffisamment tôt après que le revenu en question eut été gagné, pour être en mesure de produire toute preuve pertinente. En fait, il n'a jamais remis en question ces cotisations. Le fait qu'il n'avait pas les moyens pour régler l'arriéré d'impôt signifie qu'il n'aurait pu acquitter plus tôt la dette fiscale accumulée avant 1986, et éviter de ce fait les intérêts considérables auxquels il est tenu. Au mieux, il pourrait prétendre qu'il avait droit en 1992 à la tranquillité d'esprit du fait que le ministre du Revenu national ne pourrait plus le poursuivre pour une vieille dette.

[45] Bien qu'elle n'ait pas un rapport direct avec ce recours, la logique qui sous-tend la position de la défenderesse est que, puisqu'il est possible de conclure d'autres dispositions et de la structure d'ensemble de la *Loi de l'impôt sur le revenu* que l'article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* est exclu, la Couronne peut chercher à recouvrer une dette fiscale sans avoir égard à la prescription légale du droit commun, soit par l'une des méthodes de recouvrement prévues par la loi, comme en l'espèce, soit par voie d'action en recouvrement de dette. Aussi étonnant que puisse être le fait que l'action en recouvrement de dette par l'État ne serait pas soumise à la prescription légale, il semble que ce soit là une conséquence logique de l'argument du

[46] First, it is a hypothetical consideration in the context of this case, and there may be reasons that have not been canvassed here for concluding that the Crown's right to pursue an action for debt is subject to a statutory limitation period, even though the statutory collection methods are not. Second, the respondent's statutory duty to assess "with all due dispatch" the tax owing provides protection against most of the mischiefs at which statutory prescription periods are aimed. Third, to regard the respondent's ability to collect tax as subject to the *Crown Liability and Proceedings Act* for this reason alone would give insufficient weight to the difficulties that importing general limitation periods would cause to the fair and effective collection of tax arrears.

[47] For example, as already noted, horizontal equity is a well-established principle of tax law and administration, and to prevent the Crown from recovering against persons whose income may fluctuate considerably over time, as seems to be the applicant's position, would be unfair to the majority of taxpayers whose income is steady and who have tax deducted at source.

[48] Moreover, if the prescription period were to run from the date of assessment then, in cases where the taxpayer seeks a review and exercises rights of appeal, the respondent may be left with relatively little time within which to collect any arrears. However, this difficulty may be avoided by holding that the prescription period starts only at the time when the Crown may collect the tax; 90 days after the assessment, or when all rights of appeal have been exhausted.

[49] Accordingly, I am satisfied that the *Income Tax Act* provides for prescription and by clear implication excludes section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act* from applying to an exercise by the

défendeur. Après mûre réflexion, j'ai décidé que cette considération ne fait pas pencher la balance en faveur du demandeur.

[46] En premier lieu, il s'agit là d'une considération hypothétique dans le contexte de la cause, et il se peut qu'il y ait des motifs, qui n'ont pas été relevés, pour conclure que le droit de l'État d'intenter une action en recouvrement de dette est soumis à la prescription légale, lors même que les méthodes de recouvrement prévues par la loi ne le sont pas. En deuxième lieu, l'obligation que le défendeur tient de la loi d'établir «avec toute la diligence possible» l'impôt exigible assure la protection contre la majorité des torts que visent à prévenir les délais de prescription légale. Enfin, considérer le pouvoir du défendeur de percevoir l'impôt comme étant assujéti à la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* rien que pour cette raison reviendrait à faire peu de cas des difficultés que l'inclusion du délai de prescription du droit commun causerait au recouvrement équitable et efficace des arriérés d'impôt.

[47] Par exemple, comme il a déjà été noté, l'équité horizontale est un principe bien ancré de législation et d'administration fiscale, et empêcher que l'État recouvre la dette due par des personnes dont le revenu peut fluctuer considérablement au fil du temps, comme semble être le cas du demandeur, serait injuste envers la majorité des contribuables dont le revenu est stable et dont l'impôt est retenu à la source.

[48] En outre, si le délai de prescription doit courir de la date de la cotisation, il en résultera que dans les cas où le contribuable agit en contrôle judiciaire ou fait appel, le défendeur peut n'avoir que relativement peu de temps pour recouvrer l'arriéré, le cas échéant. Cependant, on peut obvier à cette difficulté en jugeant que le délai de prescription ne court qu'à partir du moment où l'État est en droit de percevoir l'impôt, c'est-à-dire 90 jours après la cotisation ou après que tous les droits d'appel auront été épuisés.

[49] En conséquence, je conclus que la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit ses propres délais de prescription et exclut l'application de l'article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le conten-*

Minister of the statutory powers to enforce tax debts.

*tieux administratif* à l'exercice par le ministre de son pouvoir légal de forcer le règlement des dettes fiscales.

## Issue 2

## Le deuxième point litigieux

[50] In the event that my conclusion on both parts of the above issue are wrong, then the final question relating to the interpretation of section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act* is whether the British Columbia *Limitation Act* applies. It will apply only if the failure to pay tax owing is a “cause of action arising in that province”. If, on the other hand, the cause of action arises “otherwise than in a province”, then the six-year limitation provision contained in section 32 for proceedings by and against the federal Crown will apply.

[50] Au cas où j'aurais tiré la mauvaise conclusion sur les deux éléments du point litigieux ci-dessus, la dernière question qui se pose au sujet de l'applicabilité de l'article 32 de la *Loi sur la responsabilité de l'État et le contentieux administratif* est de savoir si la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique s'applique. Celle-ci ne s'applique que si le défaut de payer l'impôt exigible est «un fait générateur survenu dans la province». Si par contre, le fait générateur s'est produit «ailleurs que dans une province», c'est le délai de prescription de six ans prévu à l'article 32 pour les procédures engagées par ou contre l'État fédéral, qui s'applique.

[51] In this case there appear to be two principal consequences of concluding that the cause of action arises in a province and that the applicable limitation period is that contained in the British Columbia *Limitation Act*. First, section 1 of that Act defines the word “action” to which the Act applies as meaning, “any proceeding in a court and any exercise of a self help remedy”. The applicant argues that the issue of a statutory requirement to pay must fall under one or the other branch of this broad definition of the word “action”, and that if they are not a “proceeding in a court”, they must be a “self help remedy”. Second, the *Limitation Act* provides in subsection 9(3) that a time-barred debt is extinguished; most limitation statutes merely make the debt unenforceable by proceedings instituted in court.

[51] Conclure en l'espèce que le fait générateur s'est produit dans une province et que le délai de prescription applicable est celui que prévoit la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique aura deux principales conséquences. En premier lieu, l'article premier de cette Loi définit [TRADUCTION] l'«action» soumise à son application comme s'entendant de [TRADUCTION] «toute procédure judiciaire et de l'exercice de toute voie de droit extrajudiciaire». Le demandeur soutient que la sommation de payer doit tomber soit dans l'une soit dans l'autre catégorie de cette large définition du terme «action»; donc si elle n'est pas une «procédure judiciaire», elle doit être une «voie de droit extrajudiciaire». En second lieu, la même loi prévoit en son paragraphe 9(3) que la dette prescrite est éteinte; la grande majorité des lois portant délai de prescription prévoient seulement que la dette prescrite ne peut être recouvrée au moyen d'une procédure judiciaire.

[52] Although not relevant in the context of this case, if the applicant is correct in his contention that a debt owed under the *Income Tax Act* normally arises in the province where the taxpayer resides, then the length of time available to the Crown to collect a tax debt will vary according to the taxpayer's province of residence, since provincial limitation statutes vary quite significantly across the country.

[52] Bien que ce point ne présente aucune importance dans le contexte de l'affaire, il se trouve que si le demandeur a raison de soutenir qu'une dette due par application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* se fait normalement jour dans la province de résidence du contribuable, le délai pendant lequel l'État peut recouvrer cette dette varie selon la province de résidence puisque les lois en matière de prescription sont bien différentes d'une province à l'autre.

[53] Mr. Worland relied on two cases where it was asserted that a debt under a federal statute is a cause of action arising in a province, and therefore would have been subject to the limitations statute of the province in which the taxpayer resided if the federal statute had not excluded its application: *E. H. Price Limited*, *supra*, at page 844 (*Excise Tax Act*), *Brière*, *supra*, at pages 108-109 (*Unemployment Insurance Act*, 1971).

[54] More recently, however, in *Gingras v. Canada*, [1994] 2 F.C. 734 (C.A.), Décary J.A. considered (at page 767) whether the Crown's obligation to pay a language bonus to the plaintiff as a member of the RCMP arose under federal or provincial law. If the latter, then it would be subject to the limitation period prescribed in the *Civil Code of Lower Canada*. Décary J.A. pointed out that it would be somewhat incongruous if the enforceability of the right created by a federal statute depended on the province in which the member happened to live. On the facts, however, it was not necessary for him to express a definitive view on whether the statute created a federal cause of action.

[55] I should note that I did not find particularly helpful the statements in *English, Scottish and Australian Bank, Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue*, [1932] A.C. 238 (H.L.) to the effect that a debt must have a "local situation" and that this will normally be where the debtor resides. The context of that case was very different, relating as it did to whether a debt was "property locally situated out of the United Kingdom" for the purpose of being exempted from stamp duty. Moreover, it did not speak at all to the federalism aspect of the issue raised by the case at bar which may call for a different approach to "locating" a debt.

[56] In principle there is much to be said in favour of the proposition that the *Income Tax Act* should be applied uniformly to taxpayers across the country to the greatest extent possible. Of course, as Mr. Worland pointed out, there are situations in which taxpayers' liability on the same facts will inevitably

[53] M<sup>c</sup> Worland s'appuie sur deux précédents, où il a été jugé qu'une dette exigible par application d'une loi fédérale est une cause d'action survenue dans une province, et est donc soumise au délai de prescription prévu par la loi de la province où réside le contribuable, si la loi fédérale n'en a pas exclu l'application: *E. H. Price Limited*, précité, à la page 844 (*Loi sur la taxe d'accise*), et *Brière*, précité, aux pages 108 et 109 (*Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*).

[54] Plus récemment, cependant, dans *Gingras c. Canada*, [1994] 2 C.F. 734 (C.A.), le juge Décary a examiné (à la page 767) si l'obligation pour l'État de payer la prime linguistique au demandeur, qui était un agent de la GRC, découlait de la loi fédérale ou provinciale. Si cette obligation tenait à la loi provinciale, elle devait être soumise au délai de prescription prévu au *Code civil du Bas-Canada*. Le juge Décary fait observer qu'il serait plutôt incongru que l'applicabilité d'un droit créé par une loi fédérale dépendait de la province où habitait cet agent. Les faits de la cause étaient cependant tels qu'il ne lui était pas nécessaire de tirer une conclusion définitive sur la question de savoir si la loi en jeu créait une cause d'action fédérale.

[55] Je dois faire remarquer que le point litigieux en l'espèce n'est guère éclairé par la conclusion tirée dans *English, Scottish and Australian Bank, Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue*, [1932] A.C. 238 (H.L.), qu'une dette devait être «localisée en un lieu» et que ce lieu était normalement le lieu de résidence du débiteur. Le contexte de cette dernière cause était très différent, puisqu'il s'agissait de savoir si la dette en question «était localisée à l'extérieur de la Grande-Bretagne» pour bénéficier de l'exemption des droits de timbre. En outre, il n'était nullement question du contexte fédéral qui est en jeu en l'espèce, lequel peut nécessiter une approche différente pour ce qui est de la «localisation» de la dette.

[56] En principe, on ne peut guère contester que la *Loi de l'impôt sur le revenu* doive, autant que possible, s'appliquer uniformément aux contribuables à travers le pays. Il est naturellement des cas où, comme le fait observer M<sup>c</sup> Worland, la dette contractée par le contribuable en raison des mêmes faits variera inévita-

vary depending on the province where they reside. Thus, whether or not a tax is payable, or an expenditure deductible, may depend on the legal consequences that the law of contract of the province where the taxpayer resides ascribes to a particular transaction.

[57] However, in my view even though the liability of the taxpayer to pay money due under the *Income Tax Act* is a debt to the Crown, and debt is a common law concept, there is no reason of policy for subjecting its enforceability to provincial law when this will detract from the uniform application of the statute without any justification. Indeed, if the law of British Columbia applies to the debt in question here it would be extinguished altogether.

[58] Moreover, I note that in *Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women v. M.N.R.*, [1999] 1 S.C.R. 10, Gonthier J. said [at paragraph 28] that, even though the *Income Tax Act* did not define the term “charitable”, but left it to the courts to elaborate, the statute’s conception of charity is uniform federal law across the country and does not

. . . accord precisely with the way these terms are understood in the common law provinces, due to judicial decisions and provincial statutory incursions into the common law.

[59] In my opinion, therefore, the *Income Tax Act* should be interpreted as creating a federal cause of action in the event that a taxpayer fails to pay tax duly assessed. Accordingly, if a general limitation period were applicable to the Crown’s ability to collect tax through any of the statutory collection methods, it would be the six-year period prescribed by section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, and not that contained in the limitation statute of the province where the taxpayer resided.

### Issue 3

[60] If I am wrong on this point, and the British Columbia *Limitation Act* applies, then I agree with the

blement selon la province de sa résidence. Ainsi donc, que l’impôt soit exigible ou non, ou qu’une dépense soit déductible ou non, pourra dépendre des effets juridiques que le droit des contrats en vigueur dans la province où habite le contribuable reconnaît à un acte commercial donné.

[57] À mon avis cependant, bien que l’argent dû par le contribuable par application de la *Loi de l’impôt sur le revenu* soit une dette envers l’État, et que la dette soit un concept de common law, il n’y a aucune raison de principe d’en subordonner l’exécution à la loi provinciale dès lors que pareille sujétion déroge sans justification à l’application uniforme de la loi. En effet, si la loi de la Colombie-Britannique était applicable à la dette en question, celle-ci aurait été tout bonnement éteinte.

[58] D’ailleurs, dans *Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women c. M.R.N.*, [1999] 1 R.C.S. 10, le juge Gonthier a fait observer [au paragraphe 28] que, bien que la *Loi de l’impôt sur le revenu* ne définisse pas la notion d’«organisme de bienfaisance» et en laisse le soin aux tribunaux, elle la conçoit sous l’optique de la loi fédérale uniforme à travers le pays et cette conception

[. . .] ne [correspond] pas précisément à celle qu’on leur donne dans les provinces de common law, en raison des décisions des tribunaux et des incursions législatives des provinces dans la common law.

[59] J’estime donc qu’il faut interpréter la *Loi de l’impôt sur le revenu* comme créant une cause d’action fédérale dans le cas où le contribuable ne paie pas l’impôt régulièrement établi. En conséquence, s’il y avait un délai de prescription applicable à l’exercice par l’État de son pouvoir de recouvrer l’impôt par l’une quelconque des méthodes prévues par la loi, ce serait le délai de six ans prescrit par l’article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, et non le délai de prescription légale en vigueur dans la province où habitait le contribuable.

### Le troisième point litigieux

[60] À supposer que je me sois trompé et que ce soit la loi *Limitation Act* de la Colombie-Britannique qui

applicant's contention that use of the statutory collection methods available under the *Income Tax Act*, including the issue of a requirement to pay, constitutes "any exercise of a self help remedy" within the meaning of section 1 of the provincial *Limitation Act*.

[61] No doubt statutory remedies of the kind contained in the *Income Tax Act* were not what the Legislature primarily had in mind when it defined "action" to include "any exercise of a self help remedy". However, when included as an alternative to "any proceeding in court", self help remedies should be regarded as including the statutory remedies available to assist Revenue Canada in recovering tax debts by unilateral means that do not include resort to litigation. Otherwise, there would be a gap in the law that cannot be justified in light of the policy of the *Limitation Act*.

#### Issue 4

[62] The question here is whether the British Columbia *Limitation Act* applies to attempts by the Crown to collect tax due under the British Columbia *Income Tax Act* outside the limitation period prescribed by the *Limitation Act*. Under the British Columbia-Canada Tax Collection Agreement (Memorandum of Agreement between the Minister of Finance, Government of Canada and the Minister of Finance, Province of British Columbia, dated August 23, 1984, amending an earlier agreement, pursuant to subsection 7(2) [as am. by S.C. 1992, c. 10, s. 4] of the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act*, R.S.C., 1985, c. F-8 (as amended by S.C. 1995, c. 17, s. 45) and subsection 69(2) of the *Income Tax Act* of British Columbia) the federal Crown collects tax owing under the provincial *Income Tax Act* as agent for the provincial authorities.

[63] To a large extent, the assessment and collection provisions of the British Columbia *Income Tax Act* have been amended so as to harmonize with those

s'applique, je conviens alors avec le demandeur que le recours aux méthodes de recouvrement prévues à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dont la sommation de payer, est une [TRADUCTION] «voie de droit extrajudiciaire» au sens de l'article premier de cette Loi provinciale.

[61] Nul doute que les mesures de redressement prévues à la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'étaient pas ce que le législateur provincial visait au premier chef lorsqu'il définissait «action» comme s'entendant également de «l'exercice de toute voie de droit extrajudiciaire». Cependant, à titre de substitut de la «procédure judiciaire», la voie de droit extrajudiciaire doit être interprétée comme comprenant les mesures de redressement légal disponibles qui permettent à Revenu Canada de recouvrer des dettes fiscales par des mesures unilatérales à part l'action en justice. Sinon il y aurait une lacune dans la loi qui ne peut se justifier étant donné l'objectif de la loi provinciale sur la prescription des actions.

#### Le quatrième point litigieux

[62] Il s'agit de savoir si la loi *Limitation Act* de la Colombie-Britannique s'applique aux mesures prises par l'État fédéral, après l'expiration du délai de prescription qu'elle prévoit, pour percevoir l'impôt exigible par application de la loi provinciale de l'impôt sur le revenu. En exécution de l'Accord de perception fiscale entre le Canada et la Colombie-Britannique (Mémoire d'accord daté du 23 août 1984 entre le ministre des Finances du gouvernement du Canada et le ministre des Finances de la Colombie-Britannique, modifiant un accord antérieur en application du paragraphe 7(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 10, art. 4] de la *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, L.R.C. (1985), ch. F-8 (modifiée par L.C. 1995, ch. 17, art. 45) et du paragraphe 69(2) de la loi *Income Tax Act* de la Colombie-Britannique), l'État fédéral perçoit l'impôt exigible par application de la dernière loi en qualité de mandataire des autorités provinciales.

[63] Dans une grande mesure, les dispositions de la *Income Tax Act* de la Colombie-Britannique sur l'établissement et la perception de l'impôt ont été

contained in the federal *Income Tax Act*. For example, the requirement to pay provisions in the federal *Income Tax Act* (subsection 224(1)) are incorporated by reference in section 68 of the British Columbia *Income Tax Act*. And subsections 69(2) and (3) of the British Columbia *Income Tax Act* authorize the Minister and Deputy Minister of National Revenue of Canada to exercise the various powers relating to the collection of tax conferred by the Act on the British Columbia Minister.

[64] The analysis of the problem raised here is essentially the same as that developed in the context of Issue 1 with regards to the federal *Income Tax Act*. Thus, the first question is whether the British Columbia *Income Tax Act* can be said to have excluded the application of the province's *Limitation Act* by the various measures that the Minister may take in the assessment, reassessment and collection of tax.

[65] Even when the respondent seeks to collect tax allegedly owing under a provincial tax statute that he is administering under a provincial-federal agreement, section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act* is still potentially relevant because the collection measure is being taken by a minister of the federal Crown, albeit under the authority of provincial legislation.

[66] However, the proviso in section 32 that states that the section applies "Except as otherwise provided in this Act or in any other Act of Parliament" is obviously inapplicable to a provision in a provincial statute, such as the British Columbia *Income Tax Act*.

[67] Nonetheless, section 32 will only apply to the issuance of a requirement to pay if it can be characterized as a "proceedings by or against the Crown in respect of any cause of action arising in that province". For the reasons given in connection with requirements to pay issued in respect of moneys owing under the federal *Income Tax Act*, in my opinion the exercise of a power to issue a requirement to pay is not a "proceeding in respect of a cause of action".

modifiées de façon à s'aligner sur les dispositions correspondantes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* fédérale. Par exemple, les dispositions en matière de sommation de payer de cette dernière (paragraphe 224(1)) ont été intégrées par référence à l'article 68 de la première, dont les paragraphes 69(2) et (3) habilite le ministre et le sous-ministre du Revenu national du Canada à exercer certains pouvoirs de perception dont cette Loi investit le ministre de la Colombie-Britannique.

[64] L'analyse de ce point est essentiellement la même que dans le contexte du premier point litigieux touchant la *Loi de l'impôt sur le revenu* fédérale. Il échet donc d'examiner en premier lieu si la *Income Tax Act* de la Colombie-Britannique peut être interprétée comme excluant l'application de la loi provinciale sur la prescription des actions, aux diverses mesures que le ministre peut prendre pour établir, redresser et percevoir l'impôt.

[65] Même dans le cas où le défendeur procède à la perception de l'impôt qui serait exigible en application d'une loi provinciale qu'il administre en exécution d'un accord fédéral-provincial, l'article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* serait toujours applicable, car la mesure de perception est le fait d'un ministre fédéral, encore que par autorisation de la loi provinciale.

[66] Cependant, la réserve contenue dans l'article 32, savoir que celui-ci s'applique «Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale», ne met certainement pas en jeu une disposition d'une loi provinciale comme la *Income Tax Act* de la Colombie-Britannique.

[67] Néanmoins, cet article 32 ne s'appliquera à une sommation de payer que si cette mesure peut être qualifiée de «poursuites auxquelles l'État est partie pour tout fait générateur survenu dans la province». Par les mêmes motifs que ceux portant sur les sommations de payer relatives aux dettes exigibles par application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* fédérale, je conclus que l'exercice du pouvoir d'envoyer les sommations de payer n'est pas une «poursuite pour un fait générateur».

[68] However, the fact that section 32 does not apply to the issuance of a requirement to pay under the British Columbia *Income Tax Act* still leaves the question whether the British Columbia *Limitation Act* applies of its own force, and not by virtue of the reference to the applicable provincial law in section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act*.

[69] The first issue here is whether that provincial *Limitation Act* is capable of applying to a measure taken by the respondent, a Minister of the federal Crown, in an attempt to collect a debt owing to the provincial Crown under the British Columbia *Income Tax Act*.

[70] The British Columbia *Interpretation Act* R.S.B.C. 1996, c. 238 reverses the common law presumption that statutes do not bind the Crown in the absence of express words or necessary implication. Subsection 14(1) of that Act provides:

14 (1) Unless it specifically provides otherwise, an enactment is binding on the government.

The question then is whether “the government” includes a Minister of the federal Crown when exercising on behalf of the provincial government a power under a provincial statute.

[71] Section 29 of the *Interpretation Act* defines “government” to mean “Her Majesty in right of British Columbia”. Therefore, “government” does not include a Minister of the federal Crown, even when acting on behalf of the Crown in right of the Province. Since the statutory presumption does not apply here, the common law presumption does. Therefore, in the absence of express words or necessary implication, the British Columbia *Limitation Act* does not apply to measures taken by a Minister of the federal Crown to enforce the British Columbia *Income Tax Act*. In my opinion the *Limitation Act* cannot be said as a matter

[68] Cependant, le fait que l'article 32 ne s'applique pas à la sommation de payer envoyée dans le contexte de la *Income Tax Act* de la Colombie-Britannique ne tranche pas la question de savoir si la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique s'applique de son propre chef, et non pas en vertu de l'intégration par référence de la loi provinciale applicable à l'article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*.

[69] La première question qui se pose à ce sujet est de savoir si la loi provinciale sur la prescription des actions peut s'appliquer à une mesure prise par le défendeur, qui est un ministre fédéral, en vue de recouvrer une dette due à la Couronne provinciale par application de la loi provinciale de l'impôt sur le revenu.

[70] La loi d'interprétation de la Colombie-Britannique, *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 238, prend le contre-pied de la présomption de la common law que les lois n'engagent pas l'État en l'absence de dispositions expresses ou implicites à cet effet. Voici ce que prévoit le paragraphe 14(1) de cette Loi:

[TRADUCTION]

14 (1) Sauf disposition contraire expresse, les lois ont force obligatoire pour l'État.

Il s'agit donc de savoir si «l'État» s'entend aussi du ministre fédéral qui exerce, pour le compte de l'État provincial, un pouvoir prévu par une loi provinciale.

[71] L'article 29 de la *Interpretation Act* de la Colombie-Britannique définit [TRADUCTION] «État» comme étant [TRADUCTION] «Sa Majesté du chef de la Colombie-Britannique». La notion n'embrasse donc pas un ministre fédéral lors même qu'il agit pour le compte de la Couronne du chef de la province. Puisqu'il n'y a pas présomption légale sur ce point, c'est la présomption de la common law qui prévaut. Il s'ensuit qu'en l'absence de dispositions expresses ou implicites à cet effet, la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique ne s'applique pas aux mesures prises par un ministre fédéral pour appliquer la Loi de

of necessary implication to apply to the federal Crown.

[72] However, if I am wrong on this point, for reasons that I have already given I would conclude that the issuance of a requirement to pay is the “exercise of a self help remedy” and thus subject to the British Columbia *Limitation Act* by virtue of section 1.

#### G. CONCLUSION

[73] For these reasons, the application for judicial review is dismissed. Accordingly, my answers to the questions posed in paragraph 16 are:

1. No
2. “otherwise than in a province”
3. Yes
4. i) No    ii) No

l’impôt sur le revenu de la province. À mon avis, on ne peut pas dire que la loi sur la prescription des actions s’applique, par implication nécessaire, à l’État fédéral.

[72] Cependant, à supposer que je me sois trompé sur ce point, je conclurais, pour les raisons que j’ai déjà données, que la sommation de payer est une «voie de droit extrajudiciaire» et est ainsi assujettie à la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique, par l’effet de son article premier.

#### G. CONCLUSION

[73] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est rejetée et la Cour répond aux questions posées au paragraphe 16 comme suit:

1. Non
2. «ailleurs que dans une province»
3. Oui
4. i) Non    ii) Non

T-992-98

T-992-98

**Ernst Zündel** (*Applicant*)**Ernst Zündel** (*demandeur*)

v.

c.

The Canadian Human Rights Commission, The Canadian Jewish Congress, The League for Human Rights of B'Nai Brith Canada, Simon Wiesenthal Centre, Canadian Holocaust Remembrance Association, Sabina Citron, Canadian Association for Free Expression and The Toronto Mayor's Committee on Community and Race Relations (*Respondents*)

La Commission canadienne des droits de la personne, le Congrès juif canadien, la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada, le Simon Wiesenthal Centre, la Canadian Holocaust Remembrance Association, Sabina Citron, la Canadian Association for Free Expression et le Toronto Mayor's Committee on Community and Race Relations (*défendeurs*)

**INDEXED AS: ZÜNDEL v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: ZÜNDEL c. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Reed J.—Toronto, March 9 and 23, 1999.

Section de première instance, juge Reed—Toronto, 9 et 23 mars 1999.

*Administrative law — Judicial review — Human Rights Tribunal dismissing motion to quash proceedings on ground of reasonable apprehension of bias — Motion made after 13 days of hearings — Applicant relying on Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn., [1998] 3 F.C. 244 (T.D.), holding terms of appointment of Tribunal members, mechanism by which remuneration set, Commission's ability to issue binding guidelines, creating reasonable apprehension of bias — Applicant impliedly waiving right to object to HRT's jurisdiction on ground of reasonable apprehension of bias by not raising it at outset — Facts on which Bell decision based (provisions of Act, appointment dates of Tribunal members, existence of guidelines), part of public record — While applicant may not have appreciated legal consequences of facts, ignorance of law not excusing delay in making complaint — No evidence of actual bias — Objection to HRT's jurisdiction at commencement of hearing based on Commission, not Tribunal, bias and on fact impugned Website out of Canada.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Le tribunal des droits de la personne avait rejeté une requête visant à faire annuler l'instance pour le motif qu'il existait une crainte raisonnable de partialité — Requête présentée après 13 jours d'audience — Le demandeur s'était fondé sur la décision Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone, [1998] 3 F.C. 244 (1<sup>re</sup> inst.), dans laquelle il avait été statué que le mandat des membres du tribunal, le mécanisme par lequel leur rémunération était fixée et la capacité de la Commission de prendre des ordonnances d'exécution obligatoire donnaient lieu à une crainte raisonnable de partialité — Le demandeur avait implicitement renoncé au droit de s'opposer à la compétence du TDP pour le motif qu'il existait une crainte raisonnable de partialité en ne soulevant pas la question dès le début — Les faits sur lesquels la décision Bell était fondée (dispositions de la Loi, dates de nomination des membres du tribunal, existence d'ordonnances) font partie du domaine public — Le demandeur ne s'était peut-être pas rendu compte des conséquences juridiques des faits, mais une connaissance insuffisante du droit ne justifie pas le fait qu'on a tardé à déposer une plainte — Rien ne montre qu'il y ait vraiment eu partialité — L'objection qui a été faite au début de l'audience au sujet de la compétence du TDP était fondée sur la partialité de la Commission et non sur celle du tribunal ainsi que sur le fait que le site Web était situé en dehors du Canada.*

*Human Rights — Judicial review of HRT's dismissal of motion to quash proceedings on ground of reasonable apprehension of bias — HRT already holding 13 days of hearings into complaints applicant distributing hate messages via California Website when decision rendered in Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn., [1998] 3*

*Droits de la personne — Contrôle judiciaire du rejet par le TDP d'une requête visant à faire annuler l'instance pour le motif qu'il existait une crainte raisonnable de partialité — Au moment où la décision Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone, [1998] 3 C.F. 244 (1<sup>re</sup> inst.), avait été rendue, le TDP avait déjà tenu 13 jours*

*F.C. 244 (T.D.) — Court in Bell holding terms of appointment of Tribunal members, mechanism by which remuneration set, Commission's ability to issue binding guidelines, creating reasonable apprehension of bias — Applicant impliedly waiving right to object to HRT's jurisdiction on ground of reasonable apprehension of bias by not raising issue at outset — While applicant may not have appreciated legal consequences of facts on which Bell decision based, ignorance of law not excusing delay in objecting.*

This was an application for judicial review of the dismissal by a Human Rights Tribunal (the Zündel Tribunal) of a motion to quash the proceedings before it on the ground of a reasonable apprehension of bias. The Tribunal was appointed in November 1996, and hearings with respect to complaints that the applicant was responsible for the distribution of messages likely to expose persons to hatred or contempt, commenced in May 1997. By March 23, 1998, there had been 13 days of hearing. On that date, the Trial Division decision in *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn.*, [1998] 3 F.C. 244 was rendered. In that decision it was held that certain structural elements in the Tribunal's composition and operation, and its relationship to the CHRC, created a reasonable apprehension of bias. McGillis J. held that the terms of appointment of tribunal members and the mechanism by which their remuneration is set does not meet two of the requirements for an independent tribunal: security of tenure and financial security. Furthermore, the Commission's ability to issue binding guidelines offends the requirements of impartiality. As a result of these deficiencies, a reasonable apprehension of bias was created. After the *Bell* decision was handed down, the applicant moved to quash proceedings before the Tribunal on the ground that it was tainted in the same manner as the Tribunal appointed to hear the *Bell* case. The Tribunal denied the motion, holding that the applicant had waived his right to object by not raising his concerns earlier.

*Held*, the application should be dismissed.

The applicant impliedly waived the right to object to the Tribunal's jurisdiction on the ground of reasonable apprehension of bias by not raising the issue at the beginning of the hearing. He was in possession of all the pertinent facts at that time. The applicant argued that there could be no waiver because he did not know all the relevant facts prior to the issuance of the *Bell* decision, specifically the conclusions of law that would arise therefrom. The facts upon

*d'audience au sujet de plaintes selon lesquelles le demandeur diffusait des messages haineux au moyen d'un site Web de la Californie — Dans Bell, la Cour avait statué que le mandat des membres du tribunal, le mécanisme par lequel leur rémunération était fixée et la capacité de la Commission de prendre des ordonnances d'exécution obligatoire donnaient lieu à une crainte raisonnable de partialité — Le demandeur avait implicitement renoncé au droit de s'opposer à la compétence du TDP pour le motif qu'il existait une crainte raisonnable de partialité en ne soulevant pas la question dès le début — Le demandeur ne s'était peut-être pas rendu compte des conséquences juridiques des faits sur lesquels la décision Bell était fondée, mais une connaissance insuffisante du droit ne justifie pas le fait qu'on a tardé à déposer une plainte.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire du rejet par un tribunal des droits de la personne (le tribunal Zündel) d'une requête visant à faire annuler l'instance pour le motif qu'il existait une crainte raisonnable de partialité. Le tribunal avait été constitué en novembre 1996 et les audiences relatives aux plaintes selon lesquelles le demandeur était responsable de la diffusion de messages susceptibles d'exposer des personnes à la haine ou au mépris avaient commencé en mai 1997. Au 23 mars 1998, il y avait eu 13 jours d'audience. Ce jour-là, la Section de première instance a rendu sa décision dans l'affaire *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [1998] 3 C.F. 244. Dans cette décision, il avait été statué que certains éléments structurels se rapportant à la composition et au fonctionnement du tribunal et la relation que celui-ci avait avec la CCDP donnaient lieu à une crainte raisonnable de partialité. Le juge McGillis avait statué que le mandat des membres du tribunal et le mécanisme par lequel leur rémunération était fixée ne satisfont pas à deux des exigences auxquelles doit satisfaire un tribunal indépendant: l'inamovibilité et la sécurité financière. En outre, le pouvoir de la Commission de prendre des ordonnances d'exécution obligatoire va à l'encontre de l'exigence relative à l'impartialité. Par suite de ces vices, une crainte raisonnable de partialité était créée. Après que la décision *Bell* eut été rendue, le demandeur a demandé l'annulation de l'instance devant le tribunal pour le motif qu'elle était viciée de la même façon que dans le cas du tribunal constitué pour entendre l'affaire *Bell*. Le tribunal a rejeté la requête, en statuant que le demandeur avait renoncé au droit qu'il avait de faire objection en ne soulevant pas plus tôt la question.

*Jugement*: la demande est rejetée.

Le demandeur a implicitement renoncé au droit qu'il avait de s'opposer à la compétence du tribunal pour le motif qu'il existait une crainte raisonnable de partialité en ne soulevant pas la question au début de l'audience. Il disposait de tous les faits pertinents à ce moment-là. Le demandeur a soutenu qu'il ne pouvait pas y avoir renonciation parce qu'il ne connaissait pas tous les faits pertinents avant que la décision *Bell* ait été rendue et, en particulier, les conclusions de droit

which the *Bell* decision was based, i.e. the provisions of the *Canadian Human Rights Act*, the appointment and reappointment dates of the panel members and the existence or non-existence of guidelines issued pursuant to subsection 27(2), were, however, part of the public record. While the applicant may not have appreciated the legal consequences of those facts, insufficient knowledge of the law does not excuse delay in objecting.

There was no evidence of actual bias, which cannot be waived, thus rendering the proceedings void.

The applicant's objection to the Tribunal's jurisdiction at the commencement of the hearing was not based on reasonable apprehension of bias. Applicant's objection was based on bias by the Commission, not the Tribunal, and that the Tribunal lacked jurisdiction because his Website, by which he was alleged to have distributed hate messages, was located in California, not Canada. The applicant had not challenged the Tribunal's jurisdiction on the ground that the terms of appointment of its members, the mechanism by which their remuneration is set, and the ability of the Commission to issue binding guidelines, created, on his part, a reasonable apprehension of bias.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 13(1), 27(2) (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 20), (3) (as am. *idem*), 30, 32(2), 37(1)(e) (as am. *idem*, s. 21), (f) (as am. *idem*), (2), 44(3) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64), 48.1 (as enacted *idem*, s. 65; S.C. 1998, c. 9, s. 27), 48.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 65; S.C. 1998, c. 9, s. 27), 48.3 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 65), 48.4 (as enacted *idem*), 48.6 (as enacted *idem*; S.C. 1998, c. 9, s. 27), 49 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 66).

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.3(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*In re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Limited*, [1986] 1 F.C. 103; (1985), 24 D.L.R. (4th) 675; 17 Admin. L.R. 1; 7 C.H.R.R. D/3232; 86 CLLC 17,012; 64 N.R. 126 (C.A.).

qui en découleraient. Les faits sur lesquels la décision *Bell* était fondée, à savoir les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, les dates de nomination et de nouvelle nomination des membres du tribunal et l'existence ou l'inexistence d'ordonnances prises conformément au paragraphe 27(2), faisaient toutefois partie du domaine public. Le demandeur ne s'est peut-être pas rendu compte des conséquences juridiques de ces faits, mais une connaissance insuffisante du droit ne justifie pas le fait qu'on a tardé à faire opposition.

Aucun élément de preuve ne démontrait l'existence d'une partialité réelle, auquel cas la renonciation est impossible, de sorte que la procédure est nulle.

L'objection que le demandeur a faite au début de l'audience au sujet de la compétence du tribunal n'était pas fondée sur l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. L'objection du demandeur était fondée sur la partialité de la Commission et non sur celle du tribunal ainsi que sur le fait que le tribunal n'avait pas compétence parce que le site Web au moyen duquel il diffusait censément des messages haineux était situé en Californie plutôt qu'au Canada. Le demandeur n'avait pas contesté la compétence du tribunal en se fondant sur le fait que le mandat de ses membres, le mécanisme par lequel leur rémunération était fixée et la capacité de la Commission de prendre des ordonnances d'exécution obligatoire donnaient lieu dans son esprit à une crainte raisonnable de partialité.

#### LOIS ET RÉGLEMENTS

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 13(1), 27(2) (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 20), (3) (mod., *idem*), 30, 32(2), 37(1)e) (mod., *idem*, art. 21), (f) (mod., *idem*), (2), 44(3) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64), 48.1 (édicte, *idem*, art. 65; L.C. 1998, ch. 9, art. 27), 48.2 (édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 65; L.C. 1998, ch. 9, art. 27), 48.3 (édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 65), 48.4 (édicte, *idem*), 48.6 (édicte, *idem*; L.C. 1998, ch. 9, art. 27), 49 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 66).

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.3(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION SUIVIE:

*Affaire intéressant le Tribunal des droits de la personne et Énergie Atomique du Canada Limitée*, [1986] 1 C.F. 103; (1985), 24 D.L.R. (4th) 675; 17 Admin. L.R. 1; 7 C.H.R.R. D/3232; 86 CLLC 17,012; 64 N.R. 126 (C.A.).

## DISTINGUISHED:

*Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn.*, [1998] 3 F.C. 244; (1998), 143 F.T.R. 241 (T.D.); *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241; *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537; (1997), 144 D.L.R. (4th) 614; 113 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (5th) 291; 209 N.R. 252; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; (1990), 75 O.R. (2d) 673; 74 D.L.R. (4th) 355; 59 C.C.C. (3d) 449; 79 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 1; 113 N.R. 241; 42 O.A.C. 81.

## CONSIDERED:

*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; *Mills v. Via Rail Canada Inc.*, [1996] C.H.R.D. No. 7 (QL); 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; 2433-6877 *Québec Inc. c. Québec (Régie des alcools, des courses et des jeux)*, [1997] A.Q. No. 2039 (C.S.) (QL).

## REFERRED TO:

*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.).

APPLICATION for judicial review of the dismissal by a Human Rights Tribunal of a motion to quash proceedings before it on the ground of a reasonable apprehension of bias. Application dismissed.

## APPEARANCES:

*Douglas H. Christie and Barbara Kulaszka* for applicant.

*René Duval* for respondent Canadian Human Rights Commission.

*Wendy M. Matheson* for respondents Sabina Citron, Canadian Holocaust Remembrance Association.

*Andrew A. Weretelnik* for respondent Toronto Mayor's Committee on Community and Race Relations.

*Judy Chan* for respondent The Canadian Jewish Congress.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Bell Canada c. Assoc. canadienne des employés de téléphone*, [1998] 3 C.F. 244; (1998), 143 F.T.R. 241 (1<sup>re</sup> inst.); *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241; *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537; (1997), 144 D.L.R. (4th) 614; 113 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (5th) 291; 209 N.R. 252; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; (1990), 75 O.R. (2d) 673; 74 D.L.R. (4th) 355; 59 C.C.C. (3d) 449; 79 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 1; 113 N.R. 241; 42 O.A.C. 81.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*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; *Mills c. Via Rail Canada Inc.*, [1996] D.C.D.P. n° 7 (QL); 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; 2433-6877 *Québec Inc. c. Québec (Régie des alcools, des courses et des jeux)*, [1997] A.Q. n° 2039 (C.S.) (QL).

## DÉCISION CITÉE:

*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.).

DEMANDE de contrôle judiciaire du rejet par un tribunal des droits de la personne d'une requête visant à faire annuler l'instance devant lui pour le motif qu'il existait une crainte raisonnable de partialité. Demande rejetée.

## ONT COMPARU:

*Douglas H. Christie et Barbara Kulaszka* pour le demandeur.

*René Duval* pour la Commission canadienne des droits de la personne, défenderesse.

*Wendy M. Matheson* pour Sabina Citron, la Canadian Holocaust Remembrance Association, défenderesses.

*Andrew A. Weretelnik* pour le Toronto Mayor's Committee on Community and Race Relations, défendeur.

*Judy Chan* pour le Congrès juif canadien, défendeur.

No one appearing for respondents The League for Human Rights of B'Nai Brith Canada, Simon Wiesenthal Centre and Canadian Association for Free Expression.

Personne n'a comparu pour la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada, le Simon Wiesenthal Centre et la Canadian Association for Free Expression, défenderesses.

SOLICITORS OF RECORD:

*Douglas H. Christie*, Victoria, and *Barbara Kulaszka*, Brighton, Ontario, for applicant.  
*Canadian Human Rights Commission* for respondent Canadian Human Rights Commission.

*Tory Tory DesLauriers & Binnington* for respondents Sabina Citron, The League for Human Rights of B'Nai Brith Canada, Simon Wiesenthal Centre, Canadian Holocaust Remembrance Association and Canadian Association for Free Expression.

*City of Toronto Legal Department* for respondent Toronto Mayor's Committee on Community and Race Relations.

*Karam, Greenspon*, Ottawa, for respondent Canadian Jewish Congress.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Douglas H. Christie*, Victoria, et *Barbara Kulaszka*, Brighton (Ontario), pour le demandeur.  
*La Commission canadienne des droits de la personne* pour la Commission canadienne des droits de la personne, défenderesse.

*Tory Tory DesLauriers & Binnington* pour Sabina Citron, la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada, le Simon Wiesenthal Centre, la Canadian Holocaust Remembrance Association et la Canadian Association for Free Expression, défendeurs.

*Le contentieux de la ville de Toronto* pour le Toronto Mayor's Committee on Community and Race Relations, défendeur.

*Karam, Greenspon*, Ottawa, pour le Congrès juif canadien, défendeur.

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

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

[1] REED J.: This application arises as a result of the decision in *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn.*, [1998] 3 F.C. 244 (T.D.), rendered on March 23, 1998. In that case, Madam Justice McGillis held that a reasonable apprehension of bias existed for Bell, who was the subject of a complaint before a Canadian Human Rights Tribunal, because of certain structural elements in the Tribunal's composition and operation, and its relationship to the Canadian Human Rights Commission, the "prosecutor" before the Tribunal.

[1] LE JUGE REED: La présente demande découle de la décision qui a été rendue dans l'affaire *Bell Canada c. Assoc. canadienne des employés de téléphone*, [1998] 3 C.F. 244 (1<sup>re</sup> inst.), le 23 mars 1998. Dans cette décision, M<sup>me</sup> le juge McGillis a statué que Bell, qui faisait l'objet d'une plainte déposée devant un tribunal canadien des droits de la personne, avait une crainte raisonnable de partialité en raison de certains éléments structurels se rapportant à la composition et au fonctionnement du tribunal et de la relation que celui-ci avait avec la Commission canadienne des droits de la personne, qui agissait à titre de «poursuivant» devant le tribunal.

[2] Subsection 44(3) and section 49 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, as amended by sections 64 and 66 of R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, provide that the President of the Human Rights Tribunal Panel, when requested to do so by the Canadian Human Rights Commission, shall appoint a tribunal of not more than three members to inquire

[2] Le paragraphe 44(3) et l'article 49 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, tels qu'ils ont été modifiés par les articles 64 et 66 de L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, prévoient que le président du Comité du tribunal des droits de la personne, sur demande de la Commission canadienne des droits de la personne, constitue un

into a complaint. The tribunal members are chosen from a panel known as the Human Rights Tribunal Panel, which consists of members appointed by the Governor in Council, pursuant to section 48.1 [as enacted *idem*, s. 65].

[3] At the time the *Bell* decision was rendered, a Tribunal (sometimes hereinafter the Zündel Tribunal) was conducting a hearing with respect to two complaints against Ernst Zündel. These had been made pursuant to subsection 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*, and assert that he is responsible for the distribution of messages from a Web site originating in California, and that the messages are likely to expose persons to hatred or contempt. The Zündel Tribunal was appointed on November 29, 1996, and hearings commenced on May 26 and 27, 1997. They proceeded on October 14, 15, 16 and 17, and December 11, 12, 15, 16, 17, 18 and 19, 1997. By March 23, 1998, there had been 13 days of hearing, during which four witnesses for the Commission had given evidence and had been cross-examined.

[4] After the issuance of the *Bell* decision, Mr. Zündel made a motion, on April 6, 1998, that the proceedings before the Tribunal be quashed because it was tainted in the same manner as the Tribunal that had been appointed to hear the *Bell* case (hereinafter the *Bell* Tribunal). The Zündel Tribunal dismissed this motion. It is this decision dismissing Mr. Zündel's motion that is under review in this application. The essential issue is whether Mr. Zündel's failure to object at an earlier stage to the continuation of the proceedings, based on the existence of a reasonable apprehension of bias, constitutes a waiver of his right to do so.

[5] I turn then to Madam Justice McGillis' decision. As I understand that decision it is that: the independence of a decision-making body and its impartiality (or apprehended lack thereof) are different but overlapping concepts; the degree of independence and impartiality that a tribunal must have varies with the

tribunal composé d'au plus trois membres chargé d'examiner la plainte. Les membres du tribunal sont choisis au sein d'un comité appelé le Comité du tribunal des droits de la personne, qui est composé de membres nommés par le gouverneur en conseil conformément à l'article 48.1 [édicte, *idem*, art. 65].

[3] Au moment où la décision *Bell* a été rendue, un tribunal (ci-après parfois appelé le tribunal Zündel) tenait une audience au sujet de deux plaintes déposées contre Ernst Zündel. Ces plaintes avaient été déposées conformément au paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*; il était allégué que M. Zündel était responsable de la diffusion de messages affichés dans un site Web de la Californie et que les messages étaient susceptibles d'exposer des personnes à la haine et au mépris. Le tribunal Zündel a été constitué le 29 novembre 1996 et les audiences ont commencé les 26 et 27 mai 1997. Elles se sont poursuivies les 14, 15, 16 et 17 octobre ainsi que les 11, 12, 15, 16, 17, 18 et 19 décembre 1997. Au 23 mars 1998, il y avait eu 13 jours d'audience pendant lesquels quatre personnes avaient témoigné pour le compte de la Commission et avaient été contre-interrogées.

[4] Après que la décision *Bell* eut été rendue, M. Zündel a présenté une requête, le 6 avril 1998, visant à faire annuler l'instance devant le tribunal parce qu'elle était viciée de la même façon que l'instance devant le tribunal qui avait été constitué dans l'affaire *Bell* (ci-après le tribunal *Bell*). Le tribunal Zündel a rejeté cette requête. C'est cette décision, par laquelle la requête de M. Zündel a été rejetée, qui est ici en cause. Il s'agit essentiellement de savoir si, par son omission de s'opposer à la poursuite de l'instance à un stade antérieur en se fondant sur l'existence d'une crainte raisonnable de partialité, M. Zündel a renoncé au droit qu'il avait de le faire.

[5] J'examinerai maintenant la décision de M<sup>me</sup> le juge McGillis. Si je comprends bien, cette décision est la suivante: l'indépendance d'un organisme décideur et son impartialité (ou la crainte de partialité) sont des concepts différents, mais qui se chevauchent; le degré d'indépendance et d'impartialité qu'un tribunal doit

nature of the decision-making body; tribunals appointed under the *Canadian Human Rights Act*, because of the nature of the decisions they make, must have a high degree of independence; the terms of appointment of members to the Panel from which Tribunal members are chosen and the relationship between the tribunals and the Commission lead to a conclusion that there is a lack of institutional independence, which can create a reasonable apprehension of bias in the mind of a person who is the subject of a complaint before a Tribunal. The factors that lead to this conclusion are: (1) the short term appointments of the members of the Panel from which tribunals are chosen, and the lack of any provision allowing the members to continue in office after their term has expired in order to complete the hearing of a case; this creates the need to reappoint members in the middle of a hearing;<sup>1</sup> (2) the *per diem* rate of remuneration to be paid to Tribunal members, as well as the amount to be paid for travel and living expenses, is established by Commission by-law, as approved by the Treasury Board.<sup>2</sup> The structural elements referred to in (1) above were found to accord Tribunal members inadequate security of tenure; those referred to in (2) above were found to provide insufficient financial security.

[6] The Supreme Court decision in *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673, identified three elements as relevant when considering the independence of a court or tribunal. The *Bell* decision found that the tribunals chosen under the *Canadian Human Rights Act* fell short in so far as two of these are concerned; these were, as noted above, security of tenure and financial security. In addition, the *Bell* decision found that the Commission's power to issue guidelines binding on the Commission and the tribunals under subsections 27(2) and (3) of the Act offended the requirement of impartiality.

[7] While the decision given in the *Bell* case was confined to the particular hearings before the Bell

avoir varié selon la nature de l'organisme décideur; les tribunaux constitués en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, en raison de la nature des décisions qu'ils rendent, doivent avoir un degré élevé d'indépendance; le mandat des membres du Comité parmi lesquels les membres du tribunal sont choisis et la relation qui existe entre les tribunaux et la Commission permettent de conclure au manque d'indépendance institutionnelle, qui peut donner lieu à une crainte raisonnable de partialité dans l'esprit d'une personne qui fait l'objet d'une plainte devant le tribunal. Les facteurs qui mènent à cette conclusion sont les suivants: 1) la brève durée du mandat des membres du Comité au sein duquel les membres des tribunaux sont choisis et l'absence de disposition permettant aux membres de continuer à exercer leurs fonctions après l'expiration de leur mandat afin de mener à bonne fin l'audition d'une affaire, d'où la nécessité de donner un nouveau mandat aux membres au milieu de l'audience<sup>1</sup>; 2) le taux de rémunération quotidien à verser aux membres du tribunal ainsi que le montant à payer pour les frais de déplacement et de séjour sont fixés par un règlement administratif de la Commission approuvé par le Conseil du Trésor<sup>2</sup>. Les éléments structurels mentionnés en 1) ci-dessus ont été jugés comme n'accordant pas aux membres du tribunal une inamovibilité adéquate; les éléments qui sont mentionnés en 2) ci-dessus ont été jugés comme n'accordant pas une sécurité financière suffisante.

[6] Dans l'arrêt *Valente c. La Reine et al.*, [1985] 2 R.C.S. 673, la Cour suprême a jugé que trois éléments étaient pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer si une cour ou un tribunal est indépendant. Dans la décision *Bell*, il a été conclu qu'en ce qui concerne les tribunaux constitués en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, deux de ces éléments n'étaient pas présents; comme il en a ci-dessus été fait mention, il s'agissait de l'inamovibilité et de la sécurité financière. De plus, dans la décision *Bell*, il a été conclu que le pouvoir que possède la Commission de prendre des ordonnances qui lient la Commission et les tribunaux en vertu des paragraphes 27(2) et (3) de la Loi allait à l'encontre de l'exigence relative à l'impartialité.

[7] La décision qui a été rendue dans l'affaire *Bell* était limitée aux audiences particulières qui avaient eu

Tribunal and was not a declaration that all tribunals were tainted with the same defects, there is much in the decision that makes its terms generally applicable.

[8] As noted, the Zündel Tribunal rejected the motion that its proceedings be terminated on the basis of the reasons identified in *Bell*. It stated that the *Bell* decision only related to the circumstances of the *Bell* case. It stated that Mr. Zündel had waived his right to now object, by not raising the concerns at an earlier time, at which time all the facts pertinent to the *Bell* decision were on the public record.

[9] One of the circumstances that was identified by the Zündel Tribunal as distinguishing its circumstances from those of the Bell Tribunal was that in the *Bell* case the appointment of one of the members had lapsed during the course of the hearing. On review this does not appear to be a distinguishing factor. The Zündel Tribunal was appointed on November 26, 1996, and its hearings commenced on May 26, 1997, and are not yet completed. Two of its members, Ms. Devins and Mr. Pensa, had terms that expired in 1997 and both were reappointed in September 1997. The reappointments were for one year and they therefore expired not only once, but a second time during the course of the hearings. Ms. Devins and Mr. Pensa were again reappointed, on June 30, 1998, this time for three-year terms.

[10] One distinction that does exist between the two situations is that no guidelines were issued pursuant to subsections 27(2) and (3) of the Act that are relevant to the Zündel Tribunal proceedings. One such guideline did exist in the *Bell* case. A second distinction, although I am not persuaded that it is relevant, is that amendments to the *Canadian Human Rights Act* were enacted on June 30, 1998 [S.C. 1998, c. 9], and the offending provisions of the Act have been modified to address the issues raised in *Bell*. (The relevant statutory provisions are found in an Appendix to these reasons.) It is the provisions of the Act as they stood on the date of the Zündel Tribunal's decision, how-

lieu devant le tribunal Bell et ne constituait pas une déclaration selon laquelle tous les tribunaux étaient entachés des mêmes vices, mais la décision s'applique en bonne partie d'une façon générale.

[8] Comme je l'ai mentionné, le tribunal Zündel a rejeté la requête lui demandant de mettre fin à ses audiences pour les motifs énoncés dans la décision *Bell*. Il a été statué que la décision *Bell* se rapportait uniquement aux circonstances qui lui étaient propres. Il a été statué que M. Zündel avait renoncé au droit qu'il avait de faire objection, en ne soulevant pas plus tôt la question, alors que tous les faits de l'affaire *Bell* étaient notoires.

[9] L'une des circonstances que le tribunal Zündel considérait comme différente des circonstances qui existaient devant le tribunal Bell était que dans l'affaire *Bell*, le mandat d'un des membres avait pris fin au cours de l'audience. L'examen de l'affaire montre que cela ne semble pas être un facteur distinctif. Le tribunal Zündel a été constitué le 26 novembre 1996; les audiences ont commencé le 26 mai 1997 et ne sont pas encore terminées. Le mandat de deux des membres du tribunal, M<sup>me</sup> Devins et M. Pensa, avait pris fin en 1997 et ces deux membres ont reçu un nouveau mandat en septembre 1997. Les membres étaient nommés pour un nouveau mandat d'un an et ces mandats ont donc pris fin non seulement une fois, mais aussi une seconde fois au cours des audiences. M<sup>me</sup> Devins et M. Pensa ont de nouveau été nommés, le 30 juin 1998, cette fois-ci pour une période de trois ans.

[10] Une distinction qui existe entre les deux situations est qu'aucune ordonnance pertinente n'a été prise conformément aux paragraphes 27(2) et (3) de la Loi en ce qui concerne l'instance dont le tribunal Zündel est saisi. Or, dans l'affaire *Bell*, une ordonnance avait été prise. Une seconde distinction, même si je ne suis pas convaincue qu'elle soit pertinente, est que les modifications apportées à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ont été édictées le 30 juin 1998 [L.C. 1998, ch. 9] et que les dispositions irrégulières de la Loi ont été modifiées de façon à remédier aux problèmes soulevés dans l'affaire *Bell*. (Les dispositions de la Loi pertinentes figurent dans l'appendice

ever, that is relevant for present purposes.

[11] It does appear that there may have been some inconsistencies in the way different tribunals reacted to the *Bell* decision. For example, the Tribunal hearing the case *Mills v. Via Rail Canada Inc.*, [1996] C.H.R.D. No. 7 (QL), responded to a motion from the respondent by staying its proceedings and referring the question of the effect of the *Bell* decision on it to the Federal Court pursuant to subsection 18.3(1) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)]. I was informed that when Commission counsel became aware of the seeming inconsistency between that procedure and the decision taken by the Zündel Tribunal to continue with its proceedings, he raised the matter with the members of the Via Rail Tribunal, and, after submissions from the parties before it, that Tribunal resigned and the reference to the Federal Court was withdrawn. Counsel for the Commission states that there had been no evidence called in the *Via Rail* hearing and, therefore, that case is different from the present.

[12] I turn then to the issue of waiver. The decision in *In re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Limited*, [1986] 1 F.C. 103 (C.A.) (the *AECL* case), in my view, is determinative of this issue. AECL sought to have a proceeding before a Tribunal that was hearing a complaint against it quashed because the Federal Court of Appeal in a then recent decision, *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856, had found that a reasonable apprehension of bias existed as a result of the method then used for choosing Tribunal members. The Commission was involved in the selection. All three Federal Court of Appeal Judges found that AECL could not rely on the *MacBain* decision. The three decisions, as I read them, have a slightly different emphasis but they all find that the crucial factor was that AECL did not raise the issue of reasonable apprehension of bias at the beginning of the hearing. The Court found that AECL had been in possession of all the pertinent facts at that time: the facts that formed the basis of the *MacBain* decision were set out in the statute itself. AECL was held, under those circumstances, to have impliedly

joint aux présents motifs.) Toutefois, ce sont les dispositions de la Loi telles qu'elles s'appliquaient à la date de la décision du tribunal Zündel qui sont ici pertinentes.

[11] Il semble y avoir peut-être eu des incohérences dans la façon dont différents tribunaux ont réagi devant la décision *Bell*. Ainsi, le tribunal qui a entendu l'affaire *Mills c. Via Rail Canada Inc.*, [1996] D.C.D.P. n° 7 (QL), à la suite d'une requête présentée par l'intimée, a suspendu l'instance et renvoyé à la Cour fédérale, conformément au paragraphe 18.3(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)], la question de l'effet de la décision *Bell*. J'ai été informée que lorsqu'il a été mis au courant de l'incohérence apparente entre cette procédure et la décision que le tribunal Zündel avait prise de poursuivre l'instance, l'avocat de la Commission a soulevé la question auprès des membres du tribunal Via Rail et, après que les parties en cause eurent présenté des observations, le tribunal s'est désisté de ses fonctions et le renvoi à la Cour fédérale a été retiré. L'avocat de la Commission affirme qu'aucun élément de preuve n'avait été présenté lors de l'audition de l'affaire *Via Rail* et que cette affaire-là était donc différente de la présente espèce.

[12] J'examinerai maintenant la question de la renonciation. La décision rendue dans l'affaire *Affaire intéressant le Tribunal des droits de la personne et Énergie Atomique du Canada Limitée*, [1986] 1 C.F. 103 (C.A.) (l'affaire *EACL*), est à mon avis déterminante. EACL cherchait à faire annuler une procédure engagée devant le tribunal qui entendait une plainte déposée contre elle, parce que, dans une décision qu'elle venait de rendre, *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856, la Cour d'appel fédérale avait conclu qu'il existait une crainte raisonnable de partialité par suite de la méthode alors utilisée pour choisir les membres du tribunal. La Commission participait à la sélection. Les trois juges de la Cour d'appel fédérale avaient conclu qu'EACL ne pouvait pas se fonder sur la décision *MacBain*. Si je comprends bien, dans ces trois décisions l'accent est mis sur des questions légèrement différentes, mais dans chacune d'elles il a été jugé que le facteur crucial était qu'EACL n'avait pas soulevé la question d'une crainte raisonnable de partialité au début de l'audience. La Cour a conclu qu'EACL disposait de tous les faits pertinents à ce

waived its right to object to the Tribunal's decision on the ground of reasonable apprehension of bias. I quote part of Mr. Justice MacGuigan's reasons, at pages 112-113:

Unlike the appellant/applicant in the *MacBain* case, who commenced proceedings alleging bias even before the first hearing of the Tribunal on the complaint against him and in fact withdrew from the hearing, AECL, in the view I take of the facts, both expressly and impliedly waived its right to challenge the jurisdiction of the Tribunal here. AECL was in possession of all the pertinent facts which formed the basis of this Court's decision in the *MacBain* case before the first public hearing in this matter in December, 1984 . . . .

. . . AECL's whole course of conduct before the Tribunal constituted an implied waiver of any assertion of a reasonable apprehension of bias on the part of the Tribunal. The only reasonable course of conduct for a party reasonably apprehensive of bias would be to allege a violation of natural justice at the earliest practicable opportunity. Here, AECL called witnesses, cross-examined the witnesses called by the Commission, made many submissions to the Tribunal, and took proceedings before both the Trial Division and this Court, all without challenge to the independence of the Commission. In short, it participated fully in the hearing, and must therefore be taken impliedly to have waived its right to object.

[13] Counsel for the applicant argues that the *AECL* decision is no longer good law in light of the decisions in *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, and *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537. Also, he argues that the applicant in this case did not waive his right to object on the ground of reasonable apprehension of bias because until the *Bell* decision he was not aware of all the relevant facts; he was certainly not aware of the legal consequences that flowed therefrom.

[14] With respect to the *Newfoundland Telephone* and *Curragh* decisions, I am not persuaded that they have changed the law. I do not read the passages to

moment-là: les fait qui servaient de fondement à la décision *MacBain* étaient énoncés dans la loi elle-même. Il a été jugé que, dans ces conditions, EACL avait implicitement renoncé au droit qu'elle avait de s'opposer à la décision du tribunal en se fondant sur le fait qu'il existait une crainte raisonnable de partialité. Je cite une partie des motifs prononcés par le juge MacGuigan, aux pages 112 et 113:

Contrairement à l'appelant/requérant dans l'arrêt *MacBain*, qui a engagé des procédures en alléguant la partialité même avant la première audition de la plainte portée contre lui par le tribunal et qui s'est en fait retiré de l'audience, EACL selon mon interprétation des faits, a, de manière expresse et implicite, renoncé à son droit de contester la compétence du Tribunal en l'espèce. EACL disposait de tous les faits pertinents qui constituaient le fondement de l'arrêt *MacBain* de cette Cour avant la première audience publique de cette affaire en décembre 1984 [. . .]

[. . .] toute la manière d'agir d'EACL devant le Tribunal constituait une renonciation implicite de toute affirmation d'une crainte raisonnable de partialité de la part du Tribunal. La seule manière d'agir raisonnable pour une partie qui éprouve une crainte raisonnable de partialité serait d'alléguer la violation d'un principe de justice naturelle à la première occasion. En l'espèce, EACL a cité des témoins, a contre-interrogé les témoins cités par la Commission, a présenté un grand nombre d'arguments au Tribunal et a engagé des procédures devant la Division de première instance et cette Cour sans contester l'indépendance de la Commission. Bref, elle a participé d'une manière complète à l'audience et, par conséquent, on doit tenir pour acquis qu'elle a implicitement renoncé à son droit de s'opposer.

[13] L'avocat du demandeur soutient que la décision *EACL* ne s'applique plus compte tenu des arrêts rendus dans les affaires *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, et *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537. De plus, il soutient que le demandeur dans ce cas-ci n'a pas renoncé au droit qu'il avait de faire opposition pour le motif qu'il existait une crainte raisonnable de partialité parce que, tant que la décision *Bell* n'avait pas été rendue, il n'était pas au courant de tous les faits pertinents; il n'était certainement pas au courant des effets juridiques qui en découlaient.

[14] En ce qui concerne les arrêts *Newfoundland Telephone* et *Curragh*, je ne suis pas convaincue qu'ils aient eu pour effet de modifier le droit. Je n'interprète

which I was referred, pages 645-646 in the former, and pages 543-545 in the latter, as establishing that a reasonable apprehension of bias in the face of a waiver renders the proceedings void, not voidable, and the decision maker without jurisdiction. If this were so, no person could ever agree to a hearing in circumstances in which some factor existed that might give rise to a reasonable apprehension of bias. In the *Newfoundland Telephone* case, the Court was addressing the situation in which an appellant had objected, on the basis of reasonable apprehension of bias, at the opening of the hearing before the Board whose decision was being challenged, but the Board had declined to recuse itself and had proceeded with the hearing. In that context, the Board's subsequent decision was void and it was held that the panel had been without jurisdiction as the result of the valid objection.

[15] In *Curragh*, the action of a trial judge in attempting to have the Crown prosecutor removed from a case he was hearing was the cause of the Crown objecting to his continued hearing of the case. The decision was similar to that in *Newfoundland Telephone*, a valid objection having been made as soon as was possible, rendered the Court without jurisdiction. Neither of these cases address the situation that exists when a waiver occurs. Indeed in *Curragh*, the Supreme Court noted that objections on the ground of reasonable apprehension of bias must be made in a timely fashion and that in *Curragh*, such had occurred.

[16] Counsel for the applicant argues that in the present case it is not merely a reasonable apprehension of bias that is in issue but actual bias. He argues that actual bias cannot be waived and that it renders the proceedings void, as explained by Mr. Justice Marceau in his decision in the *AECL* case. There is no evidence before me that demonstrates the existence of any actual bias.

pas les passages auxquels on m'a référée, aux pages 645 et 646 dans le premier arrêt et aux pages 543 à 545 dans le dernier arrêt, comme établissant qu'une crainte raisonnable de partialité, compte tenu d'une renonciation, rend les procédures nulles, et non annulables, et prive le décideur de toute compétence. Si c'était le cas, il ne serait jamais possible de consentir à une audience dans des circonstances où il existe un facteur susceptible de donner lieu à une crainte raisonnable de partialité. Dans l'affaire *Newfoundland Telephone*, la Cour suprême faisait face à une situation dans laquelle l'appelante avait soulevé une objection, en invoquant l'existence d'une crainte raisonnable de partialité, au début de l'audience qui était tenue devant la Commission dont la décision était contestée, mais la Commission avait refusé de se récuser et avait procédé à l'audition de l'affaire. Dans ce contexte, la décision subséquente de la Commission était nulle et il a été statué que le tribunal n'avait pas compétence par suite de l'objection valide qui avait été faite.

[15] Dans l'arrêt *Curragh*, le ministère public s'opposait à ce que le juge président l'audience continue à entendre l'affaire, à cause de la mesure qu'il avait prise lorsqu'il avait essayé de faire en sorte que le substitut du procureur général se voit retirer le dossier. La décision était similaire à celle qui avait été rendue dans l'affaire *Newfoundland Telephone*; la Cour n'avait pas compétence parce qu'une objection valide avait été faite aussitôt que possible. Ni l'une ni l'autre de ces affaires ne se rapporte au cas dans lequel il y a renonciation. De fait, dans l'arrêt *Curragh*, la Cour suprême a fait remarquer que les objections fondées sur l'existence d'une crainte raisonnable de partialité doivent être faites en temps opportun et que dans l'affaire *Curragh*, c'est ce qui s'était produit.

[16] L'avocat du demandeur soutient qu'en l'espèce, ce n'est pas simplement une crainte raisonnable de partialité qui est en cause, mais le fait même qu'il y a partialité. Il soutient qu'une renonciation est impossible lorsqu'il y a partialité et que cela rend la procédure nulle, comme l'a expliqué le juge Marceau dans la décision qu'il a rendue dans l'affaire *EAEL*. Je ne dispose d'aucun élément de preuve qui démontre l'existence d'une partialité réelle.

[17] Counsel for the applicant argues that there could be no waiver because he and his client did not know all the relevant facts prior to the issuance of the *Bell* decision and they did not know the conclusions of law that would arise therefrom. The factors on which the *Bell* decision is based are part of the public record, they are provisions of the *Canadian Human Rights Act*. The dates of the appointments and reappointments of the panel members are also part of the public record (P.C. 1994-1053, P.C. 1995-1442, P.C. 1997-1408, P.C. 1997-1410, P.C. 1998-1198), as is the existence or non-existence of guidelines issued pursuant to subsection 27(2). The legal consequence of those facts was not appreciated by the applicant or his counsel, or by many others, but it is trite law that insufficient knowledge of the law is not a matter that excuses delay in making a complaint.

[18] I should also note, that in addition to the *AECL* case, Commission counsel cited a series of cases involving the Régie des permis d'alcool in Quebec. The Supreme Court of Canada held in 1996 that there was a lack of separation of the function of lawyers in the Régie such that prosecuting counsel could potentially participate in the adjudication process. This circumstance was held to cause a reasonable apprehension of bias (2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919). Following this decision, a different corporation facing sanctions from the Régie sought judicial review of the Régie's decision on the grounds that the Régie was not institutionally independent or impartial (2433-6877 *Québec Inc. c. Québec (Régie des alcools, des courses et des jeux)*, [1997] A.Q. No. 2039 (QL)). The Quebec Superior Court at paragraphs 25 and 28 rejected the applicant's claim indicating that the law is well settled that arguments challenging the structural independence and impartiality of a tribunal must be raised at first instance and not doing so waived the option to so challenge the tribunal:

[TRANSLATION] It is clear that an argument challenging the impartiality of the tribunal one is before must always be raised at the beginning of the proceeding.

[17] L'avocat du demandeur soutient qu'il ne pouvait pas y avoir renonciation parce que son client et lui ne connaissaient pas tous les faits pertinents avant que la décision *Bell* ait été rendue et qu'ils ne savaient pas quelles conclusions de droit en découleraient. Les facteurs sur lesquels la décision *Bell* est fondée font partie du domaine public; il s'agit de dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Les dates auxquelles des membres du Comité ont été nommés et nommés à nouveau font également partie du domaine public (C.P. 1994-1053, C.P. 1995-1442, C.P. 1997-1408; C.P. 1997-1410, C.P. 1998-1198), comme d'ailleurs l'existence ou l'inexistence d'ordonnances prises conformément au paragraphe 27(2). Le demandeur, son avocat et de nombreuses autres personnes ne se sont pas rendu compte des conséquences juridiques de ces faits, mais il est de droit constant qu'une connaissance insuffisante du droit ne justifie pas le fait qu'on a tardé à déposer une plainte.

[18] Je devrais également faire remarquer qu'en plus de l'affaire *EACL*, l'avocat de la Commission a cité une série d'affaires auxquelles la Régie des permis d'alcool du Québec était partie. En 1996, la Cour suprême du Canada a statué qu'il y avait confusion de fonctions chez les avocats au sein de la Régie, de sorte que l'avocat poursuivant était en mesure de participer au processus décisionnel. Il a été statué que cette circonstance donnait lieu à une crainte raisonnable de partialité (2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919). À la suite de cette décision, une société différente qui s'était vu imposer des sanctions par la Régie a demandé le contrôle judiciaire de la décision de cette dernière pour le motif qu'elle n'était pas indépendante ou impartiale sur le plan institutionnel (2433-6877 *Québec Inc. c. Québec (Régie des alcools, des courses et des jeux)*, [1997] A.Q. n° 2039 (QL)). La Cour supérieure du Québec, aux paragraphes 25 et 28, a rejeté la demande que la demanderesse avait présentée en disant qu'il est bien établi en droit que les arguments par lesquels on conteste l'indépendance et l'impartialité structurelles d'un tribunal doivent être soulevés au début de l'instance et qu'en omettant de le faire, on renonce à la possibilité de contester la compétence du tribunal pour ces motifs:

On sait qu'un argument sur l'impartialité de l'organisme devant qui on se présente doit toujours être invoqué en début d'instance.

...

This principle is accordingly well settled and the Court must find that as the applicant waived its right to raise the issue of structural impartiality at first instance, it cannot do so in an application for judicial review. This would be to skip a step, which cannot be done. The argument should have been raised before the Régie, and as this was not done, it cannot be raised in the instant proceeding.

[19] I am not persuaded by the argument made by the respondents Sabina Citron and the Canadian Holocaust Remembrance Association that this is a case where, had I found a reasonable apprehension of bias, necessity would require the continuation of the hearing by the panel. There is no reason why another panel could not be chosen under the new legislation.

[20] I do not find counsel for the applicant's argument that the *Askov* [R. v. *Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199] decision supports his position a compelling one. The *Askov* decision concerned a constitutional requirement, to be tried within a reasonable time, and, in any event, there is no evidence before me as to why and in what circumstances the decision was applied. I do not find the argument that Mr. Zündel's objection to the Tribunal's jurisdiction at the commencement of the hearing constituted an objection on the ground of reasonable apprehension of bias a valid one. His objection was based on bias by the Commission, not the Tribunal, and that the Tribunal lacked jurisdiction because the Web site was located in California not Canada. The applicant did not challenge the Tribunal's jurisdiction on the ground that the terms of appointment of its members, the mechanism by which their remuneration is set, and the ability of the Commission to issue binding guidelines, created for him a reasonable apprehension of bias.

[21] Following the decision in the *AECL* case, I must dismiss this application for judicial review.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 48.1-48.4 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 65).

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 30, 32(2), 37(1)(e),(f), 37(2).

[. . .]

Ce principe est donc clairement établi et le Tribunal doit conclure que la requérante ayant renoncé à invoquer la question d'impartialité structurelle en première instance, elle ne peut le faire dans le cadre d'une demande de révision judiciaire. On se trouve alors à «sauter» une étape, ce que l'on ne peut faire. C'est devant la Régie que l'argument devait être présenté et comme il ne l'a pas été, on ne peut le faire dans le cadre de la présente instance.

[19] Les arguments que les défenderesses Sabina Citron et la Canadian Holocaust Remembrance Association ne m'ont pas convaincue qu'il s'agit ici d'une affaire dans laquelle, si je conclusais à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité, il faudrait malgré tout que le tribunal poursuive l'audience. Je ne vois pas pourquoi un autre tribunal ne pourrait pas être constitué en vertu de la nouvelle législation.

[20] À mon avis, l'argument avancé par l'avocat du demandeur, à savoir que la décision *Askov* [R. c. *Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199] étaye sa position, n'est pas convaincant. La décision *Askov* se rapportait à une exigence constitutionnelle, soit le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, et je ne dispose de toute façon d'aucun élément de preuve tendant à montrer pourquoi et dans quelles circonstances la décision a été appliquée. Je n'estime pas valide l'argument selon lequel l'objection que M. Zündel a faite au début de l'audience au sujet de la compétence du tribunal était fondée sur l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. Cette objection était fondée sur la partialité de la Commission et non sur celle du tribunal ainsi que sur le fait que le tribunal n'avait pas compétence parce que le site Web était situé en Californie plutôt qu'au Canada. Le demandeur n'a pas contesté la compétence du tribunal en se fondant sur le fait que le mandat de ses membres, le mécanisme par lequel leur rémunération est fixée et la capacité de la Commission de prendre des ordonnances d'exécution obligatoire donnaient lieu dans son esprit à une crainte raisonnable de partialité.

[21] Compte tenu de la décision rendue dans l'affaire *EACL*, je dois rejeter la demande de contrôle judiciaire.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 48.1 à 48.4 (édictees par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 65).

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 30, 32(2), 37(1)(e),(f), 37(2).

## APPENDIX

Canadian Human Rights Act Pre-Bell Decision

27. (1) . . .

(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 particular case or in a class of cases described in the guideline.

(3) A guideline issued under subsection (2) is, until it is subsequently revoked or modified, binding on the Commission, any Human Rights Tribunal appointed pursuant to subsection 49(1) and any Review Tribunal constituted pursuant to subsection 56(1) with respect to the resolution of any complaint under Part III regarding a case falling within the description contained in the guideline.

. . .

37. (1) The Commission may make by-laws ...

(e) prescribing the rates or remuneration to be paid to part-time members, members of a Human Rights Tribunal and any person engaged pursuant to subsection 32(2); and

(f) prescribing reasonable rates of travel and living expenses to be paid to members of the Commission, members of a Human Rights Tribunal and any person engaged pursuant to subsection 32(2).

. . .

48.1 There is hereby established a panel to be known as the Human Rights Tribunal Panel consisting of a President and such other members as may be appointed by the Governor in Council.

48.2 The President of the Human Rights Tribunal Panel shall be appointed to hold office during good behaviour for a term of three years and each of the other members of the Panel shall be appointed to be a member of the Panel during good behaviour for a term not exceeding five years, but may be removed by the Governor in Council for cause. [Underlining added.]

Canadian Human Rights Act Post-Bell Decision (1998 Amendments) [S.C. 1998, c. 9, ss. 20, 21, 27]

27. (1) . . .

(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

## APPENDICE

Loi canadienne sur les droits de la personne, telle qu'elle était libellée avant la décision Bell

27. (1) [. . .]

(2) Dans un cas ou 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, les tribunaux des droits de la personne constitués en vertu du paragraphe 49(1) et les tribunaux d'appel constitués en vertu du paragraphe 56(1) lors du règlement des plaintes déposées conformément à la partie III.

[. . .]

37. (1) La Commission peut, par règlement administratif [. . .] prévoir:

e) le barème de rémunération des commissaires à temps partiel, des membres des tribunaux des droits de la personne et des personnes visées au paragraphe 32(2)

f) le barème des frais de déplacement et de séjour payables aux commissaires, aux membres des tribunaux des droits de la personne et aux personnes visées au paragraphe 32(2).

[. . .]

48.1 Est constitué le Comité du tribunal des droits de la personne composé du président et des membres nommés par le gouverneur en conseil.

48.2 Le président du Comité est nommé à titre inamovible pour un mandat de trois ans et les autres membres sont nommés à titre inamovible pour un mandat maximal de cinq ans, sous réserve de révocation motivée par le gouverneur en conseil. [Non souligné dans l'original.]

Loi canadienne sur les droits de la personne, telle qu'elle était libellée après la décision Bell (modifications de 1998) [L.C. 1998, ch. 9, art. 20, 21, 27]

27. (1) [. . .]

(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

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.

...

37. (1) The Commission may make by-laws . . .

(e) prescribing the rates of remuneration to be paid to part-time members of the Commission and any person engaged under subsection 32(2); and

(f) prescribing reasonable rates of travel and living expenses to be paid to members of the Commission and any person engaged under subsection 32(2).

...

48.1 (1) There is hereby established a tribunal to be known as the Canadian Human Rights Tribunal consisting, subject to subsection (6), of a maximum of fifteen members, including a Chairperson and a Vice-chairperson, as may be appointed by the Governor in Council.

...

(6) The Governor in Council may appoint temporary members to the Tribunal for a term of not more than three years whenever, in the opinion of the Governor in Council, the workload of the Tribunal so requires.

48.2. (1) . . .

(2) A member whose appointment expires may, with the approval of the Chairperson, conclude any inquiry that the member has begun, and a person performing duties under this subsection is deemed to be a part-time member for the purposes of sections 48.3, 48.6, 50 and 52 to 58.

...

48.6 (1) The members of the Tribunal shall be paid such remuneration as may be fixed by the Governor in Council.

(2) Members are entitled to be paid travel and living expenses incurred in carrying out duties as members of the Tribunal while absent from their place of residence, but the expenses must not exceed the maximum limits authorized by the Treasury Board directives for employees of the Government of Canada. [Underlining added.]

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.

[. . .]

37. (1) La Commission peut, par règlement administratif [. . .] prévoir:

e) le barème de rémunération des commissaires à temps partiel et des personnes visées au paragraphe 32(2)

f) le barème des frais de déplacement et de séjour payables aux commissaires et aux personnes visées au paragraphe 32(2).

[. . .]

48.1 (1) Est constitué le Tribunal canadien des droits de la personne composé, sous réserve du paragraphe (6), d'au plus quinze membres, dont le président et le vice-président, nommés par le gouverneur en conseil.

[. . .]

(6) Le gouverneur en conseil peut nommer des vacataires pour un mandat maximal de trois ans lorsqu'il estime que la charge de travail du Tribunal le justifie.

48.2 (1) [. . .]

(2) Le membre dont le mandat est échu peut, avec l'agrément du président, terminer les affaires dont il est saisi. Il est alors réputé être un membre à temps partiel pour l'application des articles 48.3, 48.6, 50 et 52 à 58.

[. . .]

48.6 (1) Les membres du Tribunal reçoivent la rémunération que fixe le gouverneur en conseil.

(2) Ils ont droit aux frais de déplacement et de subsistance entraînés par l'accomplissement, hors du lieu de leur résidence habituelle, des fonctions qui leur sont confiées en application de la présente loi, sous réserve des montants maximaux que les instructions du Conseil du Trésor fixent en semblable matière pour les fonctionnaires du gouvernement du Canada. [Non souligné dans l'original.]

IMM-4185-98

Oscar Francisco Anaya Espinoza, Maryel Anaya Serrano, Oscar Salvador Anaya Serrano, Luis Francisco Anaya Serrano (*Applicants*)

v.

The Minister of Citizenship and Immigration  
(*Respondent*)

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

Trial Division, Teitelbaum J.—Toronto, March 11; Ottawa, March 22, 1999.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Judicial review of CRDD's decision applicants not Convention refugees — Applicant citizen of El Salvador — Marrying citizen of Mexico where lived since 1981 — Three children (minor applicants) born in Mexico — Board holding children having dual nationalities — Finding applicant, children not having fear of persecution in El Salvador — Immigration Act, s. 69(4) providing Refugee Division shall designate another person to represent applicants under 18 or unable to appreciate nature of proceedings — (1) Imposing duty to assess whether person to be designated appreciating nature of proceedings, particularly in case of designated representative for children as outcome of claim may be contingent upon such designation — Minor applicants denied fair hearing because lack of knowledge of meaning of "designated representative" precluding full presentation of claim — Duty exists even if refugee claimants represented by counsel — (2) Open to Board, given documentary evidence relied upon, to conclude applicants nationals of El Salvador — (3) No need for Board to consider claim of persecution with respect to another country where already found applicant not having well-founded claim in country where returning applicant not facing reasonable possibility of persecution.*

*Citizenship and Immigration — Immigration practice — Statutory duty of CRDD to designate representative where claimant, whether or not under 18, unable to understand nature of proceedings includes duty to assess whether*

IMM-4185-98

Oscar Francisco Anaya Espinoza, Maryel Anaya Serrano, Oscar Salvador Anaya Serrano, Luis Francisco Anaya Serrano (*demandeurs*)

c.

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

RÉPERTORIÉ: *ESPINOZA c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge Teitelbaum—Toronto, 11 mars; Ottawa, 22 mars 1999.

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Contrôle judiciaire d'une décision de la SSR selon laquelle les demandeurs ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention — Le demandeur est citoyen du Salvador — Il a épousé une citoyenne du Mexique, où il vivait depuis 1981 — Trois enfants (les demandeurs mineurs) sont nés au Mexique — La Commission a jugé que les enfants ont la double nationalité — Elle a conclu que le demandeur et les enfants ne craignaient pas d'être persécutés au Salvador — L'art. 69(4) de la Loi sur l'immigration prévoit que la section du statut commet d'office une autre personne pour représenter les demandeurs qui n'ont pas dix-huit ans ou ne sont pas en mesure de comprendre la nature de la procédure en cause — 1) Il impose l'obligation d'évaluer si la personne à commettre d'office comprend la nature de la procédure, notamment dans le cas d'un représentant commis d'office pour des enfants étant donné que l'issue de leur revendication peut dépendre de cette désignation d'office — Les demandeurs mineurs ont été privés d'une audition équitable parce que le fait de ne pas savoir ce que signifiait l'expression «représentant commis d'office» les empêchait de présenter une revendication pleine et entière — Cette obligation existe même si les revendicateurs du statut de réfugié sont représentés par un avocat — 2) Étant donné la preuve documentaire sur laquelle s'est fondée la Commission, elle pouvait conclure que le demandeur et les enfants étaient des ressortissants du Salvador — 3) Il n'y avait pas lieu pour la Commission d'examiner la crainte prétendue de persécution d'une personne relativement à un autre pays où la Commission a déjà conclu que le demandeur n'a pas une crainte fondée de persécution dans un pays où le fait de retourner le demandeur ne crée pas de risque raisonnable de persécution.*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — L'obligation légale de la SSR de commettre d'office un représentant lorsque le revendicateur, qu'il ait ou non moins de dix-huit ans, n'est pas en mesure de*

*proposed representative appreciates nature of proceedings — Especially so where outcome of child's claim contingent upon designation — Since duty is that of CRDD, not enough that claimants represented by counsel.*

This was an application for judicial review of the Immigration and Refugee Board, Convention Refugee Determination Division's decision that the applicants were not Convention refugees. Oscar Francisco Anaya Espinoza (the applicant) is a citizen of El Salvador who married a citizen of Mexico in 1981. They have three children (the minor applicants) who were born in Mexico. When they arrived in Canada in 1997 they all claimed refugee status based on a fear of persecution in Mexico. The applicant also claimed a fear of persecution in El Salvador. After considering the *Constitution of the Republic of El Salvador*, Article 90 of which states: "The following are Salvadorians by birth . . . (2nd) Children of a Salvadorian father or mother, born in a foreign country", the CRDD found that the children were eligible for citizenship in El Salvador. Consequently, it was held that they had dual nationality in Mexico and El Salvador. On the basis that the children were nationals of El Salvador, the CRDD found that there was no evidence supporting the claim that the applicant and the minor applicants had a well-founded fear of persecution in El Salvador. It found that the applicant's wife did have a well-founded fear of persecution in Mexico and she was determined to be a Convention refugee.

*Immigration Act*, subsection 69(4) provides that the Refugee Division shall designate another person to represent applicants who are under 18 years of age or are unable to appreciate the nature of the proceedings. The applicant submitted that: (1) the Board's failure to ensure that he understood the legal consequences of being the children's designated representative before designating him breached the principles of natural justice; (2) the Board erred in failing to consider whether there were obstacles which could prevent the children from obtaining citizenship; and (3) the Board had a duty to consider the applicants' claim with respect to each country.

The issues were whether the Immigration and Refugee Board erred in law: (1) by failing to advise the principal applicant of the meaning and purpose of being named the designated representative of the minor applicants for their refugee hearing; (2) in determining that the minor applicants were citizens of El Salvador and could return to that country, without considering whether there was a process to obtain citizenship that they had to follow and whether

*comprendre la nature de la procédure en cause, impose l'obligation d'évaluer si la personne à commettre d'office comprend la nature de la procédure — Il en est notamment ainsi dans le cas où l'issue de la revendication d'un enfant peut dépendre de cette désignation d'office — Comme cette obligation incombe à la SSR, il ne suffit pas que les revendicateurs soient représentés par un avocat.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a jugé que les demandeurs n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention. Oscar Francisco Anaya Espinoza (le demandeur) est un citoyen du Salvador qui a épousé une citoyenne mexicaine en 1981. Ils ont trois enfants (les demandeurs mineurs) qui sont nés au Mexique. Lorsqu'ils sont arrivés au Canada en 1997, ils ont tous revendiqué le statut de réfugié en disant craindre d'être persécutés au Mexique. Le demandeur a également dit craindre d'être persécuté au Salvador. Après avoir examiné la *Constitution de la République du Salvador*, dont l'article 90 déclare: [TRADUCTION] «Sont Salvadoriens de naissance [. . .] (2<sup>e</sup>) Les enfants d'un père salvadorien ou d'une mère salvadorienne, nés à l'étranger», la SSR a conclu que les enfants étaient admissibles à la citoyenneté au Salvador. Par conséquent, elle a jugé qu'ils avaient une double nationalité au Mexique et au Salvador. En se fondant sur le fait que les enfants étaient des ressortissants du Salvador, la SSR a conclu que le demandeur n'avait produit aucun élément de preuve à l'appui de son allévation selon laquelle lui-même et les demandeurs mineurs craignaient avec raison d'être persécutés au Salvador. Elle a conclu que l'épouse du demandeur craignait avec raison d'être persécutée au Mexique et a jugé que celle-ci était une réfugiée au sens de la Convention.

Le paragraphe 69(4) de la *Loi sur l'immigration* prévoit que la section du statut commet d'office un représentant dans le cas où l'intéressé n'a pas dix-huit ans ou n'est pas en mesure de comprendre la nature de la procédure en cause. Le demandeur a soutenu que: 1) l'omission par la Commission de s'assurer qu'il comprenait les conséquences juridiques découlant du fait d'être le représentant commis d'office des enfants avant une telle désignation d'office portait atteinte aux principes de justice naturelle; 2) la Commission a commis une erreur en n'examinant pas si des obstacles pouvaient empêcher les enfants d'obtenir la citoyenneté; et 3) la Commission avait l'obligation d'examiner la revendication des demandeurs en ce qui concerne chacun de ces pays.

Les questions étaient de savoir si la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a commis une erreur de droit: 1) en n'informant pas le demandeur principal de ce que signifiait et visait le fait d'être commis d'office représentant des demandeurs mineurs pour leur audience; 2) en décidant que les demandeurs mineurs étaient citoyens du Salvador et pouvaient retourner dans ce pays, sans examiner s'ils devraient effectuer des démarches pour obtenir la

citizenship would, in fact, be forthcoming; and (3) in failing to make a determination whether the principal applicant and the minor applicants had a well-founded fear of persecution in Mexico.

*Held*, the application should be allowed only with respect to the minor applicants.

(1) Subsection 69(4), which requires that the Refugee Division designate a representative where a person, whether under 18 or not, is unable to appreciate the nature of the proceeding, imposes a duty upon the Board to assess whether the person to be designated appreciates the nature of the proceedings. This is particularly so in the case of a designated representative for children given that the outcome of their claim may be contingent upon such designation. The role of a parent acting as a designated representative for his children is not that of a legal representative. The Board should have been aware that the facts of this case gave rise to the possibility that the claim of one of the parents might be rejected, and that that would affect the outcome of the children's claims. The children, by virtue of their designated representative, should have been informed that their claim could be affected by the outcome of their designated representative's claim. The lack of knowledge of what was meant by "designated representative" precluded the children, by virtue of their designated representative, from fully presenting their claim as best they could. Thus the minor applicants were denied a fair hearing. Even where those concerned are represented by counsel, it is the Board's responsibility, before designating a representative, to ensure that the representative understands what it is to be a representative and the consequences of being so named.

(2) Given the documentary evidence relied upon, it was open to the Board to conclude that the applicant and the children were nationals of El Salvador.

(3) The rationale for imposing a duty upon the Board to consider all countries with respect to which the applicant claims a fear of persecution is to ensure that the claimants do not benefit from rights granted by a foreign state while home protection is still available, not to bestow additional benefits. The Board found that the applicant and the children did not have a well-founded fear of persecution in El Salvador. Thus, there was no need for the Board to assess whether the Salvadorian state could protect them or whether there existed a well-founded fear of persecution in Mexico or whether the Mexican state could protect them. There is no need for the Board to consider a person's claim of persecution with respect to another country where the Board has already found, based on the evidence before it, that the applicant does not have a well-founded claim with respect to a country where, if returned, he would not face a reasonable possibility of persecution. Such an assessment would be

citoyenneté et si cette citoyenneté leur serait, en fait, accordée; et 3) en omettant de juger si le demandeur principal et les demandeurs mineurs craignaient avec raison d'être persécutés au Mexique.

*Jugement*: la demande doit être accueillie seulement en ce qui concerne les demandeurs mineurs.

1) Le paragraphe 69(4), qui exige que la section du statut de réfugié commette d'office un représentant lorsqu'une personne, qu'elle ait ou non moins de dix-huit ans, n'est pas en mesure de comprendre la nature de la procédure en cause, impose à la Commission l'obligation d'évaluer si la personne à commettre d'office comprend la nature de la procédure. Il en est notamment ainsi dans le cas d'un représentant commis d'office pour des enfants étant donné que l'issue de leur revendication peut dépendre de cette désignation d'office. Le rôle d'un parent qui agit à titre de représentant commis d'office de ses enfants n'est pas celui d'un représentant légal. La Commission aurait dû savoir que les faits de cette affaire donnaient naissance à la possibilité que la revendication de l'un des parents soit rejetée, ce qui influencerait sur l'issue de la revendication des enfants. Ces derniers, en vertu de leur représentant commis d'office, auraient dû être informés que leur revendication pouvait être visée par l'issue de la revendication de leur représentant commis d'office. Le fait de ne pas savoir ce que signifiait l'expression «représentant commis d'office» empêchait les enfants, en vertu de leur représentant commis d'office, de présenter une revendication pleine et entière. Donc, les demandeurs mineurs ont été privés d'une audition équitable. Même lorsque les personnes concernées sont représentées par un avocat, il incombe à la Commission, avant de commettre d'office un représentant, de s'assurer que celui-ci comprend ce qu'est un représentant ainsi que les conséquences qui découlent d'une telle désignation d'office.

2) Étant donné la preuve documentaire sur laquelle s'est fondée la Commission, elle pouvait conclure que le demandeur et les enfants étaient des ressortissants du Salvador.

3) L'obligation faite à la Commission d'examiner tous les pays où le demandeur craint d'être persécuté vise à s'assurer que les revendicateurs ne bénéficient pas de droits accordés par un pays étranger pendant que la protection du pays d'origine est encore disponible, afin de ne pas attribuer d'avantages supplémentaires. La Commission a conclu que le demandeur et les enfants ne craignaient pas avec raison d'être persécutés au Salvador. Ainsi, il n'y avait pas lieu pour la Commission d'évaluer si l'État salvadorien pouvait les protéger ou s'il existait une crainte raisonnable de persécution au Mexique ou si l'État mexicain pouvait les protéger. Il n'y a pas lieu pour la Commission d'examiner la crainte prétendue de persécution d'une personne relativement à un autre pays lorsque la Commission a déjà conclu, en se fondant sur la preuve portée à sa connaissance, que le demandeur n'a pas une crainte fondée de persécution dans un pays où le fait de retourner le demandeur ne crée pas de

futile. Thus, the Board did not err in not considering the applicant's and the children's claim with respect to Mexico.

risque raisonnable de persécution. Une telle évaluation serait futile. Donc, la Commission n'a pas commis d'erreur en n'examinant pas la revendication du demandeur et des enfants en ce qui concerne le Mexique.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Constitution of the Republic of El Salvador*, Art. 90.  
*Convention Refugee Determination Division Rules*, SOR/93-45, R. 11.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 69(4) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18), 83(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Dawlatly et al. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 149 F.T.R. 310 (F.C.T.D.).

##### DISTINGUISHED:

*Ganji et al. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 135 F.T.R. 283 (F.C.T.D.).

##### CONSIDERED:

*Kamtapersaud v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 70 F.T.R. 61 (F.C.T.D.); *Zdanov v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 81 F.T.R. 246 (F.C.T.D.); *De Rojas v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] F.C.J. No. 117 (T.D.) (QL); *Quinteros v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 102 F.T.R. 314 (F.C.T.D.); *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 153 N.R. 321.

##### REFERRED TO:

*Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304.

APPLICATION for judicial review of the Immigration and Refugee Board, Convention Refugee Determination Division's decision that the applicants were not Convention refugees. Application allowed only with respect to the minor applicants.

#### APPEARANCES:

*Adelso Mancía Carpio* for applicants.  
*Cheryl D. Mitchell* for respondent.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Constitution de la République du Salvador*, art. 90.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69(4) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18), 83(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73).  
*Règles de la section du statut de réfugié*, DORS/93-45, r. 11.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Dawlatly et al. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 149 F.T.R. 310 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Ganji et al. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 135 F.T.R. 283 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Kamtapersaud c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 70 F.T.R. 61 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Zdanov c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 81 F.T.R. 246 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *De Rojas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 117 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Quinteros c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 102 F.T.R. 314 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 153 N.R. 321.

##### DÉCISION CITÉE:

*Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle les demandeurs n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention. Demande accueillie seulement en ce qui concerne les demandeurs mineurs.

#### ONT COMPARU:

*Adelso Mancía Carpio* pour les demandeurs.  
*Cheryl D. Mitchell* pour le défendeur.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Mancia & Mancia*, Toronto, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

TEITELBAUM J.:

## INTRODUCTION

[1] This is an application for judicial review of the decision of the Immigration and Refugee Board, Convention Refugee Determination Division, dated July 4, 1998 whereby the applicants were found not to be Convention refugees. The applicants seek an order of *certiorari* quashing the decision of the Commission and an order remitting the matter back for reconsideration.

## FACTS

[2] The applicant (hereinafter the applicant) Oscar Francisco Anaya Espinoza, is a citizen of El Salvador who married a citizen of Mexico in Mexico in 1981. They have three children referred to hereinafter as the "minor applicants". The applicant arrived in Canada on March 12, 1997, his wife and children arrived on April 5, 1997. After their arrival, they all claimed refugee status.

[3] The applicant deposed by way of affidavit at the commencement of the refugee hearing that he claimed a fear of persecution in El Salvador and Mexico and that his wife and children feared persecution in Mexico only. The Board's decision, however, states that the minor applicants alleged a fear of persecution in both El Salvador and Mexico.

[4] The applicant was married and resided in Mexico since 1981. They all claimed a fear of persecution in Mexico on the basis of perceived political opinions. The applicant who is originally from El Salvador also claimed a fear of persecution in El Salvador on the basis of membership in a particular social group,

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Mancia & Mancia*, Toronto, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

LE JUGE TEITELBAUM:

## INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a, le 4 juillet 1998, jugé que les demandeurs n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention. Les demandeurs sollicitent une ordonnance de *certiorari* annulant la décision de la Commission et une ordonnance renvoyant l'affaire pour nouvel examen.

## LES FAITS

[2] Le demandeur Oscar Francisco Anaya Espinoza (ci-après le demandeur) est un citoyen du Salvador qui a épousé une citoyenne mexicaine au Mexique en 1981. Ils ont trois enfants désignés ci-après comme étant les «demandeurs mineurs». Le demandeur est arrivé au Canada le 12 mars 1997, et son épouse et ses enfants sont arrivés le 5 avril 1997. Ils ont tous revendiqué le statut de réfugié après leur arrivée.

[3] Le demandeur a attesté par voie d'affidavit au début de l'audience qu'il craignait d'être persécuté au Salvador et au Mexique et que son épouse et ses enfants craignaient d'être persécutés au Mexique seulement. Dans sa décision, cependant, la Commission déclare que les demandeurs mineurs ont allégué craindre d'être persécutés tant au Salvador qu'au Mexique.

[4] Le demandeur s'est marié au Mexique et y résidait depuis 1981. Ils ont tous dit craindre d'être persécutés au Mexique en raison d'opinions politiques présumées. Le demandeur, qui est originaire du Salvador, a dit craindre également d'être persécuté au Salvador en raison de son appartenance à un certain

Salvadorians returning home from another country.

groupe social, à savoir les Salvadoriens qui reviennent de l'étranger.

#### Refugee Division's decision

[5] The hearing was held by a single member panel with the consent of the applicants. The Board found that the applicant and his children did not have a well-founded fear of persecution in El Salvador and held that they were not Convention refugees. The Board found that the applicant's wife had a well-founded fear in Mexico and was determined to be a Convention refugee.

[6] The Board found that the children were born in Mexico and held Mexican passports, but also found that the children were eligible for citizenship in El Salvador. Consequently, it was held that they had more than one country of nationality: Mexico and El Salvador.

[7] On the basis that the children were nationals of El Salvador, the Board found that there was no evidence adduced by the applicant to support his claim that he and the children had a well-founded fear of persecution in El Salvador. The applicant's allegations that Salvadorians who return home from a foreign country suffered consequences were unsubstantiated. The Board noted that the applicant was unable to state who would harm him or his family if they returned home. Their claims were consequently rejected.

[8] Counsel for the applicant, in his oral submission, made little or no mention that the Board erred in finding that the applicant and his children would not be subject to persecution in El Salvador.

#### SUBMISSIONS

##### Applicant's submissions

[9] The applicant submits three arguments. Firstly, it is argued that the Board breached principles of natural

#### La décision de la section du statut de réfugié

[5] L'audience fut tenue par un tribunal composé d'un seul commissaire, et ce, du consentement des demandeurs. La Commission a conclu que le demandeur et ses enfants ne craignaient pas avec raison d'être persécutés au Salvador et a jugé qu'ils n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention. Elle a conclu que l'épouse du demandeur craignait avec raison d'être persécutée au Mexique et a jugé que celle-ci était une réfugiée au sens de la Convention.

[6] La Commission a conclu que les enfants étaient nés au Mexique et possédaient des passeports mexicains, mais elle a conclu également que les enfants étaient admissibles à la citoyenneté au Salvador. Par conséquent, elle a jugé qu'ils avaient plus d'un pays de nationalité: le Mexique et le Salvador.

[7] En se fondant sur le fait que les enfants étaient des ressortissants du Salvador, la Commission a conclu que le demandeur n'avait produit aucun élément de preuve à l'appui de son allégation selon laquelle lui-même et les enfants craignaient avec raison d'être persécutés au Salvador. Les allégations du demandeur selon lesquelles les Salvadoriens revenant de l'étranger en subissaient des conséquences n'étaient pas confirmées. La Commission a noté que le demandeur ne pouvait pas déclarer qui lui ferait du mal ou en ferait à sa famille s'ils retournaient chez eux. Leurs revendications ont donc été rejetées.

[8] Dans ses observations orales, l'avocat du demandeur a peu parlé ou même pas du tout du fait que la Commission avait commis une erreur en concluant que le demandeur et ses enfants ne risqueraient pas d'être persécutés au Salvador.

#### LES ARGUMENTS

##### Les arguments de demandeur

[9] Le demandeur présente trois arguments. Premièrement, il est allégué que la Commission a manqué

justice by failing to advise and to ensure that the applicant and his wife understood that they could choose between themselves who would be the designated representative for the minor applicants, and what were the legal ramifications from such a designation. Without such knowledge, the applicant agreed to act as the children's designated representative with the consequence that the children, who only claimed a fear of persecution in Mexico as with their mother whose claim was granted, were found not to be Convention refugees because they did not have a well-founded fear of persecution in El Salvador.

[10] Secondly, counsel for the applicant argues that the Board erred in finding that the minor applicants were nationals of El Salvador. The panel based its finding on excerpts from the Salvadorian Constitution which indicates that the children had the right to Salvadorian citizenship. The Board did not inquire or have any evidence before it indicating that the children could in fact obtain Salvadorian citizenship. It is submitted that the Board erred in failing to consider whether there were obstacles or steps which could prevent the children from obtaining citizenship. The Board drew an unreasonable inference unsupported by the evidence that the children's country of nationality was El Salvador.

[11] Thirdly, the applicant argues that the Board failed to undertake an analysis of whether the applicant and his children had a well-founded fear of persecution in Mexico, one of their countries of nationality. In light of the applicant's fear in more than one country of nationality, the Board had a duty to consider their claim with respect to each country.

#### Respondent's submissions

[12] The respondent Minister submits that the Board did not breach a principle of natural justice. Firstly, the applicant had already signed the children's per-

aux principes de justice naturelle en ne s'assurant pas que le demandeur et son épouse comprenaient qu'ils pouvaient choisir lequel d'entre eux serait le représentant commis d'office des demandeurs mineurs et quelles conséquences juridiques pouvaient découler d'une telle désignation d'office. Sans connaître ces faits, le demandeur a consenti à être le représentant commis d'office des enfants, de telle sorte que ces derniers, qui déclaraient seulement craindre d'être persécutés au Mexique comme leur mère dont la revendication a été accueillie, ont été considérés comme n'étant pas des réfugiés au sens de la Convention parce qu'ils ne craignaient pas avec raison d'être persécutés au Salvador.

[10] Deuxièmement, l'avocat du demandeur soutient que la Commission a commis une erreur en concluant que les demandeurs mineurs étaient des ressortissants du Salvador. Le tribunal a fondé sa conclusion sur des extraits de la Constitution salvadorienne, qui indique que les enfants avaient droit à la citoyenneté salvadorienne. La Commission n'a pas enquêté ou ne disposait d'aucun élément de preuve indiquant que les enfants pouvaient de fait obtenir la citoyenneté salvadorienne. Il est allégué que la Commission a commis une erreur en n'examinant pas si des obstacles ou des mesures pouvaient empêcher les enfants d'obtenir la citoyenneté. La Commission a tiré une conclusion déraisonnable, et non étayée par la preuve, selon laquelle le pays de nationalité des enfants était le Salvador.

[11] Troisièmement, le demandeur soutient que la Commission n'a pas effectué d'analyse pour déterminer si lui-même et ses enfants craignaient avec raison d'être persécutés au Mexique, qui était l'un de leurs pays de nationalité. Compte tenu de la crainte que le demandeur ressentait d'être persécuté dans plus d'un pays de nationalité, la Commission avait l'obligation d'examiner leur revendication en ce qui concerne chacun de ces pays.

#### Les arguments du défendeur

[12] Le ministre défendeur soutient que la Commission n'a manqué à aucun principe de justice naturelle. Premièrement, le demandeur avait déjà signé les

sonal information forms and undertook to act as their representative prior to the commencement of the hearing. Secondly, when the Board asked the applicant whether he wished to be the designated representative for his children, he could have easily inquired about what was meant by "designated representative". Thirdly, given the applicant's acceptance to act as designated representative and the fact that he did not indicate any lack of understanding, the Board did not commit a reviewable error in allowing the applicant to assume this role, particularly in light of the fact that the applicant was represented by counsel at the hearing.

[13] The Minister argues that the Board has jurisdiction to make findings of fact, weigh the evidence and draw reasonable inferences and conclusions based upon documentary evidence. In the present case, it was open and reasonable for the Board to conclude that the minor applicants are nationals of El Salvador in light of the fact that the *Constitution of the Republic of El Salvador* stipulates that children are Salvadorian by birth.

[14] Also, it is argued that the Board did not err in disregarding whether the applicants had a well-founded fear of persecution in Mexico. The Board considered the subjective fear in El Salvador and considered whether the subjective fear was objectively linked to the definition. Because the subjective fear was not grounded in the definition of Convention refugee, there was no reasonable chance that the applicants would be persecuted if returned to El Salvador. As there was no well-founded fear of persecution in El Salvador, there was no need to assess the applicant's fear in Mexico.

## ISSUES

[15] The applicants raise the following issues:

(a) Whether the Immigration and Refugee Board erred in law by failing to advise the principal applicant of

formulaire de renseignements personnels des enfants et s'était engagé à être leur représentant avant le début de l'audience. Deuxièmement, lorsque la Commission a demandé au demandeur s'il désirait être le représentant commis d'office de ses enfants, il aurait pu facilement s'informer de ce que voulait dire l'expression «représentant commis d'office». Troisièmement, comme le demandeur a accepté d'agir à titre de représentant commis d'office et qu'il n'a pas indiqué qu'il n'en comprenait pas le sens, la Commission n'a pas commis d'erreur susceptible de révision en permettant au demandeur d'assumer ce rôle, compte tenu notamment du fait que le demandeur était représenté par un avocat à l'audience.

[13] Le ministre soutient que la Commission avait le pouvoir de dégager des conclusions de fait, d'apprécier la preuve et de tirer des inférences raisonnables fondées sur la preuve documentaire. Dans le cas présent, la Commission pouvait raisonnablement conclure que les demandeurs mineurs sont des ressortissants du Salvador compte tenu du fait que la [TRA-DUCTION] *Constitution de la République du Salvador* prévoit que les enfants sont Salvadoriens de naissance.

[14] Il est également allégué que la Commission n'a pas commis d'erreur en ne tenant pas compte que les demandeurs craignaient avec raison d'être persécutés au Mexique. La Commission a examiné leur crainte subjective d'être persécutés au Salvador et s'est demandé si cette crainte subjective était liée objectivement à la définition. Vu que la crainte subjective n'était pas fondée sur la définition de réfugié au sens de la Convention, il n'y avait pas de risque raisonnable que les demandeurs soient persécutés s'ils retournaient au Salvador. Comme il n'existait pas de crainte raisonnable de persécution au Salvador, il n'y avait pas lieu d'évaluer la crainte que le demandeur pouvait ressentir d'être persécuté au Mexique.

## LES QUESTIONS EN LITIGE

[15] Les demandeurs soulèvent les questions suivantes:

a) La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a-t-elle commis une erreur de droit en n'infor-

the meaning and purpose of being named the designated representative of the minor applicants for their refugee hearing;

(b) Whether the Board erred in law in determining that the minor applicants were citizens of El Salvador and could return to that country, without considering whether they had a process to obtain citizenship that they were to follow and whether such citizenship would, in fact, be forthcoming; and

(c) Whether the Board erred in law in failing to make a determination whether the principal applicant and the minor applicants had a well-founded fear of persecution in Mexico.

#### ANALYSIS

##### Designated representative for the minor applicants

[16] The designation of representatives for minor children at CRDD hearings is made pursuant to subsection 69(4) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18)] which reads as follows:

69. . . .

(4) Where a person who is the subject of proceedings before the Refugee Division is under eighteen years of age or is unable, in the opinion of the Division, to appreciate the nature of the proceedings, the Division shall designate another person to represent that person in the proceedings. [Emphasis added.]

[17] Further, the *Convention Refugee Determination Division Rules* [SOR/93-45] stipulate the following with respect to designated representatives:

11. Where counsel of the person concerned believes that the person concerned is under 18 years of age or is unable to appreciate the nature of the proceeding, counsel shall so advise the Refugee Division forthwith in writing so that the Refugee Division may decide whether to designate a representative pursuant to subsection 69(4) of the Act.

[18] The applicant argues that he did not understand the meaning and the legal consequences of being the children's designated representative and that the Board should have ensured that he did before designating

mant pas le demandeur principal de ce que signifiait et visait le fait d'être commis d'office représentant des demandeurs mineurs pour leur audience?

b) La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en décidant que les demandeurs mineurs étaient citoyens du Salvador et pouvaient retourner dans ce pays, sans examiner s'ils devraient effectuer des démarches pour obtenir la citoyenneté et si cette citoyenneté leur serait, en fait, accordée?

c) La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en omettant de juger si le demandeur principal et les demandeurs mineurs craignaient avec raison d'être persécutés au Mexique?

#### ANALYSE

##### Le représentant commis d'office des demandeurs mineurs

[16] La désignation d'office de représentants pour des enfants mineurs aux audiences de la SSR se fait conformément au paragraphe 69(4) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18)], qui est libellé ainsi:

69. [ . . ]

(4) La section du statut commet d'office un représentant dans le cas où l'intéressé n'a pas dix-huit ans ou n'est pas, selon elle, en mesure de comprendre la nature de la procédure en cause. [C'est moi qui souligne.]

[17] De plus, les *Règles de la section du statut de réfugié* [DORS/93-45] prévoient ce qui suit en ce qui concerne les représentants commis d'office:

11. Dans le cas où le conseil de l'intéressé croit que ce dernier est âgé de moins de dix-huit ans ou n'est pas en mesure de comprendre la nature de la procédure en cause, il en avise par écrit sans délai la section du statut afin qu'elle décide si elle doit commettre d'office un représentant conformément au paragraphe 69(4) de la Loi.

[18] Le demandeur soutient qu'il ne comprenait pas ce que signifiait être le représentant commis d'office des enfants ni les conséquences juridiques pouvant en découler et que la Commission aurait dû s'assurer

him. Thus, there was a breach of the principles of natural justice.

[19] It is not contested that the meaning and possible consequences of being designated representative to his three minor children was not explained to the applicant, by either the Board or, I believe, his then counsel.

[20] It is well established that the scope and extent of natural justice and fairness will vary according to the circumstances of each case: *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735. One element of natural justice requires that persons whose rights may be affected be heard before being adversely affected by some action or decision.

[21] Two cases in which the issue of “designated representative” is discussed are: *Quinteros v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 102 F.T.R. 314 (F.C.T.D.) and *Ganji et al. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 135 F.T.R. 283 (F.C.T.D.).

[22] In *Quinteros, supra*, the Federal Court considered whether the adjudicator erred by failing to assess whether the minor applicant was able to appreciate the nature of the proceedings before appointing her mother to be her representative. Justice McGillis stated [at pages 316-317]:

In the decision *Kamtapersaud v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 70 F.T.R. 61 (T.D.), Rouleau, J. considered ss. 29(4), 30(1) and 33(2) [See footnote 2: (33(2) No person may be included in an order under subsection (1) unless the person has been given an opportunity to be heard at an inquiry.)] of the Act and concluded as follows:

In my view, the combined effect of these provisions imposes a particular duty on an adjudicator with respect to minors under the age of eighteen, who are either the subject of an inquiry or who will be affected by its outcome insofar as they may be included in the resulting order.

To begin with, the legislation does not permit an adjudicator to merely assume all minors are unable to

qu’il comprenait ce qui se passait, avant de le remettre d’office. Ainsi, il y a eu manquement aux principes de justice naturelle.

[19] Il n’est pas contesté que le demandeur n’a pas obtenu d’explications de la Commission ou, je crois, de l’avocat qui le représentait à l’époque au sujet de ce que signifiait être le représentant commis d’office de ses trois enfants mineurs et au sujet des conséquences qui pouvaient en découler.

[20] Il est bien établi que la portée de la justice naturelle et de l’équité variera selon les circonstances de chaque affaire: *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735. L’un des éléments de la justice naturelle exige que les personnes dont les droits peuvent être visés soient entendues avant qu’une action ou une décision soit prise ou prononcée contre elles.

[21] Voici deux affaires dans lesquelles a été étudiée la question du «représentant commis d’office»: *Quinteros c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1995), 102 F.T.R. 314 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) et *Ganji et al. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1997), 135 F.T.R. 283 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

[22] Dans l’affaire *Quinteros*, précitée, la Cour fédérale a examiné si l’arbitre a commis une erreur en n’évaluant pas si la requérante mineure pouvait apprécier la nature de la procédure avant de désigner sa mère d’office comme sa représentante. Le juge McGillis a déclaré [aux pages 316 et 317]:

Dans l’arrêt *Kamtapersaud c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1993), 70 F.T.R. 61 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Rouleau a examiné les art. 29(4), 30(1) et 33(2) [Voir note 2: (33(2) Avant de faire l’objet de la mesure, les membres de la famille doivent avoir eu la possibilité de se faire entendre au cours d’une enquête.)] de la Loi, et il est arrivé à la conclusion qui suit:

À mon avis, ces dispositions imposent ensemble à l’arbitre une obligation particulière à l’égard des mineurs de moins de dix-huit ans qui font l’objet d’une enquête ou qui risquent d’être inclus dans la mesure prise à l’issue de l’enquête.

Tout d’abord, la loi ne permet pas à l’arbitre de simplement présumer que tous les mineurs sont incapables de

appreciate the nature of the proceedings. On the contrary, the language used in s. 29(4) requires the adjudicator to enter into an enquiry on that very question in order to make a determination and form an opinion. Clearly the age of the minor in question will play a significant role. Where infants of tender years are involved there may be little doubt with respect to their inability to understand the nature of the proceedings.

However, if the minor is of an age which enables her to understand the nature of the proceedings and would permit her to make constructive representations concerning her own interests, her guarantee to representation by counsel as provided for in s. 30(1), and her right to make submissions at the inquiry pursuant to s. 33(2) of the Act is not, in my opinion, satisfied merely by the appointment of a parent or guardian. Although such an appointment may, in some cases, satisfy those statutory requirements, the duty of fairness which rests on an adjudicator in administering the relevant provisions of the Act, requires him or her to make such enquiries as are necessary in order to ensure that this is so.

With the greatest of respect, I have reached a different conclusion concerning the interpretation to be accorded to s. 29(4) of the Act. In my opinion, s. 29(4) of the Act creates two separate and distinct categories of persons who may be represented by a parent or guardian at an inquiry: any person under the age of 18 years or any person who, in the opinion of the adjudicator presiding at the inquiry, is unable to appreciate the nature of the proceedings. Nothing in the wording of s. 29(4) of the Act requires the adjudicator to determine whether a person under the age of 18 years is unable to appreciate the nature of the proceedings. I am therefore satisfied that the adjudicator did not err in law by failing to determine whether the applicant was unable to appreciate the nature of the proceedings before he appointed her mother to be her representative at the credible basis inquiry.

[23] In *Ganji, supra*, Justice Gibson considered, *inter alia*, whether the CRDD breached the principles of natural justice by failing to consult with the applicant's designated representative before ordering that she, a 15-year old, testify. Justice Gibson cited *Kamtapersaud* [*Kamtapersaud v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 70 F.T.R. 61 (F.C.T.D.)], with approval and stated [at pages 287-288]:

In *Kamtapersaud v. The Minister of Employment and Immigration*, Mr. Justice Rouleau appears to have identified the role of a designated representative as the safeguarding of the best interest of, in this case, Sara and Sohel. Guidelines on child refugee claimants issued by the chairperson of the Immigration and Refugee Board after the hearing in this

comprendre la nature de la procédure. Au contraire, l'arbitre est tenu, aux termes de l'art. 29(4), d'enquêter sur cette question même pour apprécier s'ils en sont capables. Il est manifeste que l'âge du mineur est un facteur important dans cette appréciation. Il n'y a pas de doute que des enfants en très bas âge sont incapables de comprendre la nature de la procédure.

Cependant, si la personne mineure est assez âgée pour comprendre la nature de la procédure et pour présenter des observations constructives concernant ses propres intérêts, il ne suffit pas, à mon avis, pour respecter son droit prévu de l'art. 30(1) d'être représentée par un avocat et son droit prévu à l'art. 33(2) de présenter des observations au cours d'une enquête, de désigner son père, sa mère, son tuteur ou curateur pour la représenter. Même si cette désignation peut, dans certains cas, satisfaire à ces exigences légales, l'obligation d'équité qui incombe à l'arbitre appliquant les dispositions pertinentes de la Loi exige qu'il mène toute enquête nécessaire pour s'assurer que ces exigences sont respectées.

Ceci étant dit avec tous les égards possibles, je suis arrivée à une conclusion différente quant à l'interprétation à donner à l'art. 29(4) de la Loi. À mon sens, ce paragraphe crée deux catégories distinctes de personnes qui peuvent être représentées par un parent ou un tuteur à l'occasion d'une enquête: toute personne âgée de moins de 18 ans et toute personne qui, de l'avis de l'arbitre qui préside l'enquête, est incapable de comprendre la nature de la procédure. Il n'y a rien dans le libellé de l'art. 29(4) de la Loi qui oblige l'arbitre à décider si une personne âgée de moins de 18 ans est incapable de comprendre la nature de la procédure. Je suis donc convaincue que l'arbitre n'a pas commis d'erreur de droit en omettant de juger si la requérante n'était pas apte à saisir la nature de la procédure avant de nommer sa mère comme sa représentante à l'enquête sur le minimum de fondement.

[23] Dans l'affaire *Ganji*, précitée, le juge Gibson a examiné, entre autres, si la SSR a manqué aux principes de justice naturelle en ne consultant pas le représentant commis d'office de la requérante avant d'ordonner à cette jeune fille de 15 ans de témoigner. Le juge Gibson a cité, en l'approuvant, la décision *Kamtapersaud* [*Kamtapersaud c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 70 F.T.R. 61 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)], et a dit [aux pages 287 et 288]:

Dans l'affaire *Kamtapersaud c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, M. le juge Rouleau paraît avoir défini le rôle d'un représentant désigné comme étant celui de protéger les intérêts de la personne qu'il représente, en l'occurrence, de Sara et de Sohel. Les directives que le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a

matter but before the date of the decision, go further in a manner that appears to me to make a good deal of common sense. The principal claimant endeavoured to assume her responsibilities. Counsel gave her no support.

In **Sivaguru v. Minister of Employment and Immigration** [see footnote 3], Mr. Justice Stone wrote:

With respect, I do not read the Act as permitting a member of the board to embark upon a quest for evidence in the manner which was adopted in this case. Surely, that method of proceeding could only subvert the board's function as an impartial tribunal, regardless of the legitimate concern which appears to have motivated [the CRDD member in question] . . .

In **Kante v. Canada (Minister of Employment and Immigration)** [see footnote 4], Mr. Justice Nadon wrote:

The law is clear that the burden of proof lies with the applicant i.e. he must satisfy the Refugee Division that his claim meets both the subjective and objective tests which are required in order to have a well-founded fear of persecution. Consequently an applicant must come to a hearing with all of the evidence that he is able to offer and that he believes necessary to prove his claim.

As a result the Refugee Division should not meddle in the applicant's attempt to prove his case except where it is necessary to clarify certain facts essential to its understanding.

I am satisfied that the CRDD, in this matter, offended against the principles reflected in both of the foregoing quotations. Here, the CRDD seized control of the applicants' case, ordered that Sara, who was unprepared, testify, and itself conducted her examination. And all of the foregoing was done to the clear distress of the principal applicant and without providing her an opportunity to first testify.

. . .

The principal applicant, as the newly identified designated representative of her children, had a duty to act in the best interest of her children. She was entitled to the support of her counsel but, in the absence of that support, she sought to act directly. She was rebuffed in her efforts. It must have been apparent to members of the CRDD that the course of proceeding that they adopted took the applicants' case completely out of their hands, without any notice and without any support to them from their counsel. I conclude that the CRDD had an obligation in the circumstances, in

publiées en matière de revendications du statut de réfugié par des mineurs après la tenue de l'audition dans la présente affaire mais avant la date de la décision, vont plus loin d'une manière qui me paraît être très sensée. La requérante principale a tenté d'assumer ses responsabilités. L'avocat ne lui a offert aucun soutien.

Dans l'arrêt **Sivaguru c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration** [voir note 3], M. le juge Stone s'est exprimé dans les termes suivants:

En toute déférence, selon mon interprétation de la Loi, un membre de la Commission ne peut pas se mettre en quête d'éléments de preuve comme il a été le cas en l'espèce. Assurément, ce moyen de procéder allait nécessairement corrompre la fonction de la Commission, chargée d'agir à titre de tribunal impartial et ce, même si [le membre de la Commission en question] semblait mû par une préoccupation légitime [. . .].

Dans l'affaire **Kante c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)** [voir note 4], M. le juge Nadon a écrit ceci:

Il est clair en droit que le fardeau de la preuve incombe au requérant, c'est-à-dire qu'il doit convaincre la section du statut de réfugié que sa revendication satisfait, à la fois, aux critères subjectifs et objectifs nécessaires à la justification d'une crainte de persécution. Le requérant doit donc se présenter à une audience muni de tous les éléments de preuve qu'il est en mesure d'offrir et qu'il juge nécessaires aux fins d'établir sa revendication.

Il s'ensuit que la section du statut de réfugié ne devrait pas intervenir lorsque le requérant tente d'établir le bien-fondé de ses arguments, sauf lorsqu'il est nécessaire de préciser certains faits essentiels pour bien les comprendre.

Je suis convaincu que, dans la présente affaire, la SSR a manqué aux principes qui sont énoncés dans les deux citations qui précèdent. En l'espèce, la SSR a pris en main la direction du dossier des requérants, elle a ordonné à Sara, qui n'était pas préparée, de témoigner, et elle a elle-même mené l'interrogatoire. Tout cela a été fait au désarroi évident de la requérante principale et sans lui donner la possibilité de témoigner en premier.

[. . .]

La requérante principale, en qualité de représentante nouvellement désignée de ses enfants, avait le devoir d'agir dans leur intérêt. Elle avait droit au soutien de son avocat mais, en l'absence de ce soutien, elle a cherché à agir directement. Elle a essuyé des rebuffades. Il devait être évident pour les membres de la SSR que la manière de procéder qu'ils avaient adoptée avait complètement dépouillé les requérants de la direction de leur dossier, sans aucun préavis et sans aucun soutien de leur avocat. Je conclus que la SSR avait, dans les circonstances, l'obligation

accordance with its responsibility to act fairly, to ensure that the applicants had an opportunity to meet with their counsel and to reassume control of their case. In the absence of any evidence that the CRDD endeavoured to provide such an opportunity, I conclude that the CRDD breached its duty to the applicants to provide them with a fair hearing and in so doing committed a reviewable error.

[24] In the case at bar, the circumstances are obviously very different. The applicant merely alleges that he should have been informed of the meaning of being designated as designated representative for the children. However, I find that the Board erred in determining a question which had serious legal ramifications for the applicant who had no knowledge of the procedural aspects of representing his children in a refugee claim.

[25] In my view, subsection 69(4), which requires that the Refugee Division designate a representative where a person, whether under 18 or not, is unable to appreciate the nature of the proceedings, imposes a duty upon the Board to assess whether the person to be designated appreciates the nature of the proceedings. In my view, this is particularly so in the case of designated representative for children given that the outcome of their claim may be contingent upon such designation. Similarly, Justice Rouleau stated in *Kamtapersaud, supra*, although with respect to a different provision, that an adjudicator has a duty with respect to minors who are either the subject of an inquiry or affected by its outcome in so far as they may be included in the resulting order.

[26] The role of a parent acting as a designated representative for his children is not that of a legal representative. The Board was or should have been aware that the particular facts of this case could have given rise to the possibility that one of the parent's claim could be rejected, which would affect the outcome of the children's claim. The children, by virtue of their designated representative, should have been informed that their claim could be affected by

tion, conformément à son devoir d'agir équitablement, de faire en sorte que les requérants aient la possibilité de rencontrer leur avocat et de reprendre la direction de leur dossier. En l'absence d'une preuve que la SSR a tenté d'offrir cette possibilité, je conclus qu'elle a manqué à son devoir, envers les requérants, de tenir une audition équitable, et qu'elle a par conséquent commis une erreur susceptible de contrôle.

[24] En l'espèce, les circonstances sont manifestement très différentes. Le demandeur soutient simplement qu'il aurait dû être informé de ce que signifiait être commis d'office représentant des enfants. Cependant, j'estime que la Commission a commis une erreur en réglant une question qui entraînait des conséquences juridiques graves pour le demandeur qui n'était pas au courant des aspects procéduraux de la représentation de ses enfants dans le cadre d'une revendication du statut de réfugié.

[25] À mon avis, le paragraphe 69(4), qui exige que la section du statut de réfugié commette d'office un représentant lorsqu'une personne, qu'elle ait ou non moins de dix-huit ans, n'est pas en mesure de comprendre la nature de la procédure en cause, impose à la Commission l'obligation d'évaluer si la personne à commettre d'office comprend la nature de la procédure. À mon avis, il en est notamment ainsi dans le cas d'un représentant commis d'office pour des enfants étant donné que l'issue de leur revendication peut dépendre de cette désignation d'office. De la même manière, le juge Rouleau a déclaré dans l'affaire *Kamtapersaud*, précitée, bien que ce soit relativement à une disposition différente, qu'un arbitre a une obligation envers des mineurs qui font l'objet d'une enquête ou sont visés par l'issue de celle-ci dans la mesure où ils peuvent être inclus dans l'ordonnance en résultant.

[26] Le rôle d'un parent qui agit à titre de représentant commis d'office de ses enfants n'est pas celui d'un représentant légal. La Commission savait ou aurait dû savoir que les faits particuliers de l'affaire auraient pu donner naissance à la possibilité que la revendication de l'un des parents soit rejetée, ce qui influencerait sur l'issue de la revendication des enfants. Ces derniers, en vertu de leur représentant commis d'office, auraient dû être informés que leur revendica-

the outcome of their designated representative's claim.

[27] In my view, the lack of knowledge as to what was meant by "designated representative" precluded the children, by virtue of their designated representative, from fully presenting their claim as best they could. Thus, I am satisfied, the three children, not the applicant, Oscar Francisco Anaya Espinoza, was denied a fair hearing.

[28] Counsel for the Minister submits that the applicant had, prior to the hearing accepted to act for the children by signing their PIF [Personal Information Form], and that the applicant was represented by legal counsel at the hearing.

[29] It is not enough that persons may be represented by counsel. Subsection 69(4) clearly states that it is the Board who shall designate a representative for the children and the Board should have addressed the issue to the applicant's counsel who could have been expected to have knowledge of the legal issues that could flow from such a designation, and in turn inform his clients so they would have the benefit of a fair hearing. What I mean by the above is that it is the responsibility of the Board, before designating a representative to ensure that the representative understands what it is to be a representative and the consequences of being named a representative by the Board.

#### Minor applicants' nationality

[30] The Board held that El Salvador and Mexico both were the applicant and the minor applicants' countries of nationality. In support of its finding the Board considered the documentary evidence which indicates that those born in Mexico, regardless of their parents' nationality are of Mexican nationality. The children were all born in Mexico and the Board accepted Mexico as one of their nationalities. The Board went on to consider that the documentary evidence also indicated that the minor claimants were also eligible to be citizens of El Salvador as their father was a national of El Salvador, and that

tion pouvait être visée par l'issue de la revendication de leur représentant commis d'office.

[27] À mon avis, le fait de ne pas savoir ce que signifiait l'expression «représentant commis d'office» empêchait les enfants, en vertu de leur représentant commis d'office, de présenter une revendication pleine et entière. Donc, j'en suis convaincu, les trois enfants, mais non pas le demandeur, Oscar Francisco Anaya Espinoza, ont été privés d'une audition équitable.

[28] L'avocate du ministre allègue que le demandeur avait accepté, avant l'audience, de représenter les enfants en signant leurs Formulaires de renseignements personnels (FRP) et qu'il était représenté par un conseiller juridique lors de l'audience.

[29] Il ne suffit pas que les personnes puissent être représentées par un avocat. Le paragraphe 69(4) mentionne clairement que c'est la Commission qui doit commettre d'office un représentant pour les enfants, et elle aurait dû exposer la question à l'avocat du demandeur, dont on aurait pu s'attendre à ce qu'il soit au courant des questions juridiques qui pouvaient découler d'une telle désignation d'office et qui, à son tour, aurait informé ses clients pour qu'ils puissent bénéficier d'une audition équitable. Ce que je veux dire par là, c'est qu'il incombe à la Commission, avant de commettre d'office un représentant, de s'assurer que celui-ci comprend ce qu'est un représentant ainsi que les conséquences qui découlent de la désignation d'office faite par la Commission.

#### La nationalité des demandeurs mineurs

[30] La Commission a conclu que le Salvador et le Mexique étaient tous deux les pays de nationalité du demandeur et des demandeurs mineurs. À l'appui de sa conclusion, la Commission a pris en considération la preuve documentaire qui indique que ceux qui sont nés au Mexique sont, indépendamment de la nationalité de leurs parents, de nationalité mexicaine. Les enfants sont bien nés au Mexique, et la Commission a reconnu ce pays comme l'une de leurs nationalités. La Commission a ensuite pris en considération le fait que la preuve documentaire indiquait également que les revendicateurs mineurs étaient aussi éligibles à la

Salvadorians have the right to enjoy double or multiple nationalities. The Board relied on the *Constitution of the Republic of El Salvador* which states [at Article 90] that “The following are Salvadorians by birth . . . (2nd) Children of a Salvadorian father or mother, born in a foreign country.”

[31] The applicant submits that the Board erred in failing to inquire and assess whether there were any obstacles or steps which could preclude the children from obtaining Salvadorian citizenship.

[32] Similar issues were discussed in *Zdanov v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 81 F.T.R. 246 (F.C.T.D.) and *De Rojas v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] F.C.J. No. 117 (T.D.) (QL).

[33] In *Zdanov, supra*, the Federal Court upheld the decision of the Board that the applicant had a right of birth in Russia and that Russia was his country of nationality despite the fact that he had lived in Estonia his entire life. Justice Rouleau stated [at pages 249-250]:

The Board’s decision was based on the fact that they were not satisfied that the applicant had good grounds for fearing persecution in Russia, his country of nationality. Counsel, on behalf of the applicant does not dispute the fact that in order to qualify as a Convention refugee, the applicant must establish his claim with respect to all his countries of nationality, however it was suggested that the Board erred in concluding that he has Russian nationality. It was pointed out that apart from the fact that he was born in Russia, the applicant lived his entire life in Estonia and that he has no family, friends or other ties in Russia. It was submitted that the **Law on Citizenship of the R.S.F.S.R.** is a confusing and ambiguous statute that was only recently enacted and there is uncertainty as to how it will be applied; that the right to claim a second nationality should not be equated with dual nationality. The applicant himself gave sworn testimony that he was convinced that he could not obtain Russian citizenship and his counsel attempted to explain the difficulties in deciphering the Russian law with respect to citizenship. I was referred to paragraph 89 of the **UNHCR Handbook** which provides:

89. Where, therefore, an applicant alleges fear of persecution in relation to the country of his nationality, it should

citoyenneté salvadorienne puisque leur père était un ressortissant du Salvador et que les Salvadoriens ont le droit de posséder deux nationalités ou plus. La Commission s’est fondée sur la *Constitution de la République du Salvador*, qui déclare [à l’article 90]: [TRADUCTION] «Sont Salvadoriens de naissance [. . .] (2°) Les enfants d’un père salvadorien ou d’une mère salvadorienne, nés à l’étranger.»

[31] Le demandeur soutient que la Commission a commis une erreur en omettant d’enquêter et d’évaluer si des obstacles ou des mesures pouvaient empêcher les enfants d’obtenir la citoyenneté salvadorienne.

[32] Des questions similaires ont été examinées dans les affaires *Zdanov c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1994), 81 F.T.R. 246 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) et *De Rojas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 117 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

[33] Dans l’affaire *Zdanov*, précitée, la Cour fédérale a confirmé la décision de la Commission selon laquelle le demandeur avait un droit de naissance en Russie et que la Russie était son pays de nationalité même s’il avait vécu toute sa vie en Estonie. Le juge Rouleau a dit [aux pages 249 et 250]:

La décision de la Commission reposait sur le fait qu’elle n’était pas convaincue que le requérant avait des motifs valables de craindre d’être persécuté en Russie, le pays dont il a la nationalité. L’avocat du requérant ne conteste pas le fait que, pour pouvoir posséder les qualités requises pour être considéré comme un réfugié au sens de la Convention, le requérant doit établir le bien-fondé de sa revendication relativement à tous les pays dont il a la nationalité. Il prétend toutefois que la Commission a commis une erreur en concluant qu’il a la nationalité russe. Il a souligné que, malgré le fait qu’il soit né en Russie, le requérant a passé toute sa vie en Estonie et qu’il n’a ni famille, ni amis, ni autres liens en Russie. Il soutient que la **Loi sur la citoyenneté de la R.S.F.S.R.** est une loi confuse et ambiguë qui n’a été adoptée que récemment et qu’on ne sait pas avec certitude comment elle sera appliquée. Il ajoute que le droit de revendiquer une seconde nationalité ne doit pas être assimilé à la double nationalité. Le requérant a lui-même témoigné sous serment qu’il était convaincu qu’il ne pourrait pas obtenir la citoyenneté russe, et son avocat a essayé d’expliquer les difficultés qu’il y avait à déchiffrer la loi russe sur la citoyenneté. On m’a cité l’article 89 du **Guide du HCNUR**, qui dispose:

89. Par conséquent, lorsqu’un demandeur prétend craindre des persécutions dans le pays dont il a la nationalité, il

be established that he does in fact possess the nationality of that country. There may, however, be uncertainty as to whether a person has a nationality. He may not know himself, or he may wrongly claim to have a particular nationality or to be stateless. Where his nationality cannot be clearly established, his refugee status should be determined in a similar manner to that of a stateless person, i.e. instead of the country of his nationality, the country of his former habitual residence will have to be taken into account.

In summary, it was submitted that the applicant's Russian nationality was not "clearly established" and therefore the Board should have assessed his claim with regard only to Estonia, the country of his former habitual residence.

At the outset, I am not satisfied that the Russian **Citizenship Act** is a confusing and ambiguous statute. Article 12(1)(b) reads:

Article 12. Grounds and procedure of acquiring citizenship of the RSFSR

1. Citizenship of the RSFSR is acquired
  - (b) by right of birth;

Article 13 provides:

Article 13. Acceptance of the citizenship of the RSFSR

1. All citizens of the former USSR who were domiciled in the RSFSR on the day this Act came into force are considered to be citizens of the RSFSR if they do not submit an application to renounce their RSFSR citizenship within the year following this day.

I am satisfied that the Board properly interpreted these provisions and came to the proper conclusion; namely that he was a Russian national.

[34] Similarly, in *De Rojas, supra*, Justice Gibson considered whether the Board erred in holding that the applicant who was born in Columbia, but lived most of her life in Venezuela, remained a citizen of Columbia and did not have a well-founded fear of persecution in Columbia. Justice Gibson cited *Zdanov, supra*, with approval and stated [at paragraphs 2-3]:

convient d'établir qu'il possède effectivement la nationalité de ce pays. Il peut cependant y avoir des doutes sur le point de savoir si une personne a une nationalité. Elle peut ne pas être elle-même en mesure de le dire avec certitude ou prétendre à tort qu'elle a telle ou telle nationalité ou qu'elle est apatride. Lorsque la nationalité de l'intéressé ne peut être clairement établie, sa demande de reconnaissance du statut de réfugié doit être traitée de la même manière que dans le cas d'un apatride, c'est-à-dire qu'au lieu du pays dont il a la nationalité, c'est le pays dans lequel il avait sa résidence habituelle qui doit être prise en considération.

En résumé, l'avocat prétend que la nationalité russe du requérant n'a pas été «clairement établie» et que, par conséquent, la Commission aurait dû évaluer sa revendication en tenant uniquement compte de l'Estonie, son pays de résidence habituelle.

Pour commencer, je ne suis pas convaincu que la **Loi sur la Citoyenneté** russe soit une loi confuse et ambiguë. L'alinéa 12(1)b) porte:

[TRADUCTION]

Article 12. Moyens et procédure d'acquisition de la citoyenneté de la RSFSR

1. La citoyenneté de la RSFSR s'acquiert
  - b) par droit de naissance;

L'article 13 dispose:

[TRADUCTION]

Article 13. Acceptation de la citoyenneté de la RSFSR

1. Tous les citoyens de l'ex-U.R.S.S. qui sont domiciliés en RSFSR le jour de l'entrée en vigueur de la présente loi sont considérés être des citoyens de la RSFSR s'il ne soumettent pas une demande pour renoncer à leur citoyenneté de la RSFSR dans l'année qui suit cette date.

Je suis convaincu que la Commission a correctement interprété ces dispositions et qu'elle en est venue à la bonne conclusion, à savoir que le requérant est un ressortissant russe.

[34] De même, dans l'affaire *De Rojas*, précitée, le juge Gibson s'est demandé si la Commission avait commis une erreur en concluant que la requérante qui était née en Colombie, mais avait vécu presque toute sa vie au Venezuela, demeurait citoyenne de la Colombie et ne craignait pas avec raison d'être persécutée en Colombie. Le juge Gibson a cité, en l'approuvant, l'affaire *Zdanov*, précitée, et a déclaré [aux paragraphes 2 et 3]:

The applicant is a citizen of Venezuela. She and her mother were both born in Colombia. The applicant moved to Venezuela at an early age and, following that move and until the events giving rise to her refugee claim, remained a resident of that country.

The Tribunal determined the applicant to have a well-founded fear of persecution if she were required to return to Venezuela. The Tribunal went on to determine that the applicant lost her Colombian citizenship when she acquired Venezuelan citizenship but that she had the right to reacquire Colombian citizenship “. . . upon compliance with requirements that are mere formalities.” On the evidence that was before the Tribunal, I am satisfied that this conclusion was reasonably open to it. The Tribunal determined that the applicant faced no serious possibility of persecution should she be required to go to Colombia.

[35] In light of the similarity between the cases discussed above and the present case, I am unable to find that the Board erred in finding that the applicant and the children were nationals of El Salvador. Given the documentary evidence relied upon by the Board it was open to the Board to conclude as it did.

#### Fear of persecution in Mexico

[36] The applicant submits that the Board erred in failing to consider his claim and the children’s claim with respect to Mexico. The applicant relies on *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689 for the proposition that where a person makes a refugee claim with respect to more than one country, the Board has an obligation to consider it with respect to each country.

[37] This statement must be qualified. In *Ward, supra*, the Supreme Court found that the Board erred in failing to address the real issue. Having determined that Ward’s life would be in danger should he return to Ireland or to Great Britain, which was not disputed, the Board should have considered Ireland’s and Great Britain’s ability to protect Ward from the danger.

[38] In my view, counsel for the applicant misapprehends the significance of the Supreme Court’s com-

La requérante, citoyenne du Venezuela, est née en Colombie (comme sa mère). Depuis son arrivée au Venezuela, alors qu’elle était très jeune, jusqu’à la survenance des événements ayant donné lieu à sa revendication du statut de réfugiée au sens de la Convention, la requérante a toujours été résidente de ce pays.

Le Tribunal a jugé que la requérante avait une crainte bien fondée d’être persécutée si elle était renvoyée au Venezuela. Le Tribunal a également jugé que la requérante avait perdu sa citoyenneté colombienne en devenant citoyenne du Venezuela, mais qu’elle avait le droit de recouvrer celle-ci [TRADUCTION] «[. . .] en satisfaisant à des exigences qui ne sont que de simples formalités». D’après la preuve présentée au Tribunal, je suis convaincu que celui-ci était raisonnablement fondé à tirer cette conclusion. Le Tribunal a conclu que la requérante ne courait pas de risque grave d’être persécutée si elle était envoyée en Colombie.

[35] Compte tenu de la similitude entre les affaires étudiées ci-dessus et la présente affaire, je ne peux pas conclure que la Commission a commis une erreur en concluant que le demandeur et les enfants étaient des ressortissants du Salvador. Étant donné la preuve documentaire sur laquelle s’est fondée la Commission, elle pouvait tirer une telle conclusion.

#### La crainte d’être persécuté au Mexique

[36] Le demandeur fait valoir que la Commission a commis une erreur en n’examinant pas sa revendication et celle des enfants en ce qui concerne le Mexique. Le demandeur invoque l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, selon lequel, lorsqu’une personne demande le statut de réfugié relativement à plus d’un pays, la Commission a l’obligation de l’examiner relativement à chacun des pays.

[37] Cette déclaration doit être nuancée. Dans l’arrêt *Ward, précité*, la Cour suprême a jugé que la Commission a commis une erreur en n’étudiant pas la véritable question. Après avoir décidé que la vie de Ward pourrait être en danger s’il retournait en Irlande ou en Grande-Bretagne, ce qui n’était pas contesté, la Commission aurait dû examiner si l’Irlande et la Grande-Bretagne pouvaient protéger Ward contre ce danger.

[38] À mon avis, l’avocat du demandeur a interprété de façon erronée le sens de la remarque faite par la

ment in *Ward, supra*. The relevant excerpt follows [at pages 752-753]:

The right to apply for the status of permanent resident is but one of several consequences flowing from the characterization of a claimant as a Convention refugee. The Convention refugee also benefits from the right to remain in Canada (s. 4(2.1)), the right not to be deported to the country where the refugee has a well-founded fear of persecution (s. 53(1)) and the right to work while in Canada (s. 19(4)(j) of the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172). None of these provisions requires assurance that the claimant has exhausted his or her search for protection in every country of nationality. The exercise of assessing the claimant's fear in each country of citizenship at the stage of determination of "Convention refugee" status, before conferring these rights on the claimant, accords with the principles underlying international refugee protection. Otherwise, the claimant would benefit from rights granted by a foreign state while home state protection had still been available. The reference to other countries of nationality in s. 46.04 (1)(c) is probably intended as a double-check on the refugee's lack of access to national protection, in case of changed circumstances or new revelations, before the significant status of permanent resident is bestowed.

As alluded to previously, and as conceded by appellant's counsel to be in error, the Board concluded that it could not make a finding of dual citizenship because there was insufficient evidence to do so. The Board commented, at p. 55, however, that had it

concluded that the claimant was also a national of the United Kingdom, the Board would have made a finding that the claimant's life would be in danger from the INLA if he was returned to the United Kingdom.

This finding, however, is insufficient for the purposes of the determination that must be made by the Board. It does not address the real issue. The fact that Ward's life will be in danger should he be returned either to Ireland or to Great Britain is not disputed by anyone; the question, rather, is whether Ward can be protected from that danger. The Board never made a finding of fact on the real issue—the ability of the British to protect Ward.

[39] The rationale for imposing a duty upon the Board to consider all the countries from which the applicant claims a fear of persecution is to ensure that the claimants do not benefit from rights granted by a foreign state while home state protection is still available, not to bestow additional benefits.

Cour suprême dans l'arrêt *Ward*, précité. Voici le passage pertinent [aux pages 752 et 753]:

Le droit de réclamer le statut de résident permanent n'est que l'une de plusieurs conséquences de la qualification d'un demandeur comme étant un réfugié au sens de la Convention. Le réfugié au sens de la Convention bénéficie également du droit de demeurer au Canada (par. 4(2.1)), du droit de ne pas être renvoyé dans le pays où il craint avec raison d'être persécuté (par. 53(1)) et du droit de travailler pendant qu'il est au Canada (par. 19(4)(j) du *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172). Aucune de ces dispositions n'exige de garantir que le demandeur a épuisé les possibilités de protection dans chaque pays dont il a la nationalité. L'évaluation que l'on fait de la crainte du demandeur dans chaque pays dont il a la citoyenneté, au stade de la détermination du statut de «réfugié au sens de la Convention» et avant de lui conférer ces droits, est conforme aux principes qui sous-tendent la protection internationale des réfugiés. Autrement, le demandeur bénéficierait de droits conférés par un État étranger alors que l'État d'origine peut encore le protéger. La mention d'autres pays dont il a la nationalité, figurant à l'al. 46.04(1)c), est probablement destinée à vérifier une seconde fois si le réfugié n'a pas accès à la protection nationale, en cas de changements de circonstances ou de nouvelles révélations, avant que le statut important de résident permanent ne soit accordé.

Comme je l'ai déjà laissé entendre, et comme l'a concédé l'avocat de l'appelant, la Commission a jugé à tort qu'elle ne pouvait pas conclure à la double citoyenneté en raison de l'insuffisance de la preuve sur ce point. La Commission fait cependant remarquer, à la p. 55, que si elle

était arrivée à la conclusion que le demandeur était également un ressortissant du Royaume-Uni, elle aurait jugé que sa vie serait menacée par la INLA s'il était renvoyé au Royaume-Uni.

Toutefois, cette conclusion est insuffisante aux fins de la décision que doit rendre la Commission. Elle ne porte pas sur la véritable question litigieuse. Personne ne conteste que la vie de Ward sera en danger s'il retourne en Irlande ou en Grande-Bretagne; il s'agit plutôt de savoir si Ward peut être protégé contre ce danger. La Commission n'a jamais tiré de conclusion de fait au sujet de la véritable question litigieuse—la capacité des Britanniques de protéger Ward.

[39] L'obligation faite à la Commission d'examiner tous les pays où le demandeur craint d'être persécuté vise à s'assurer que les revendicateurs ne bénéficient pas de droits accordés par un pays étranger pendant que la protection du pays d'origine est encore disponible, afin de ne pas attribuer d'avantages supplémentaires.

[40] In the present case, the Board found that the applicant and the children did not have a well-founded fear of persecution in El Salvador. Thus, there was no need for the Board to assess whether the Salvadorian state could protect them or whether there existed a well-founded fear of persecution in Mexico or whether the Mexican state could protect them.

[41] The respondent Minister relies on *Dawlatly et al. v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 149 F.T.R. 310 (F.C.T.D.), for the proposition that the Board has no obligation to engage in unnecessary analysis. The Minister further submits that as there was no well-founded fear of persecution in El Salvador, there was no need to evaluate the situation in Mexico. Only a well-founded fear of persecution in El Salvador would require the Board to assess claims with respect to Mexico.

[42] In *Dawlatly, supra*, Madam Justice Tremblay-Lamer states [at pages 312-313]:

As for their claim against Greece, counsel for the applicants submitted that the Board had erred in failing to assess the claim per se. Counsel relied on **Canada (Attorney General) v. Ward** . . . for the proposition that the Board has a duty to hear and assess all claims advanced by a claimant. Therefore, in the case at bar, it was incumbent on the Board to consider the family's claim against Sudan, especially considering that the principal applicant was himself found to have a well-founded fear of persecution in that country.

At the hearing, I expressed a similar concern, thinking that the consequences of the Board's decision were harsh. It could lead to the separation of the family: the female applicant and her children would be required to return to Greece while her husband remained in Canada.

Counsel for the Respondent maintained that no error was made and that the Board was not obligated to assess the family's claim against Sudan since it had already concluded that the wife and children had no fear of persecution in their country of citizenship. Upon reflexion, I have come to agree with the Respondent.

[40] En l'espèce, la Commission a conclu que le demandeur et les enfants ne craignaient pas avec raison d'être persécutés au Salvador. Ainsi, il n'y avait pas lieu pour la Commission d'évaluer si l'État salvadorien pouvait les protéger ou s'il existait une crainte raisonnable de persécution au Mexique ou si l'État mexicain pouvait les protéger.

[41] Le ministre défendeur invoque la décision *Dawlatly et al. c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 149 F.T.R. 310 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), selon laquelle la Commission n'est pas tenue d'effectuer une analyse qui n'est pas nécessaire. Le ministre soutient également que, comme il n'y avait pas de crainte fondée de persécution au Salvador, il n'y avait pas lieu d'évaluer la situation au Mexique. Seule l'existence d'une crainte fondée de persécution au Salvador obligerait la Commission à évaluer les revendications relativement au Mexique.

[42] Dans la décision *Dawlatly*, précitée, M<sup>me</sup> le juge Tremblay-Lamer déclare [aux pages 312 et 313]:

En ce qui concerne la prétention des demandeurs selon laquelle ils risquaient d'être persécutés en Grèce, leur avocat a soutenu que la Commission avait commis une erreur lorsqu'elle avait omis d'apprécier cette prétention en elle-même. L'avocat s'est fondé sur l'arrêt **Canada (Procureur général) c. Ward** [. . .], selon lequel il incombe à la Commission d'entendre et d'apprécier toutes les prétentions du revendicateur. En conséquence, il incombait à la Commission en l'espèce d'examiner la prétention des membres de la famille selon laquelle ils risquaient d'être persécutés au Soudan, particulièrement compte tenu du fait qu'elle avait conclu que la crainte du demandeur principal d'y être persécuté était fondée.

À l'audition, j'ai fait une remarque similaire, car j'estimais que les conséquences de la décision de la Commission étaient graves. En effet, la décision pourrait entraîner le démembrement de la famille, la demanderesse et ses enfants devant rentrer en Grèce et le demandeur devant rester au Canada.

L'avocate du défendeur a soutenu que la Commission n'avait commis aucune erreur et qu'elle n'était pas tenue d'examiner la prétention des membres de la famille selon laquelle ils risquaient d'être persécutés au Soudan, étant donné qu'elle avait déjà conclu que la demanderesse et les enfants n'avaient aucune crainte d'être persécutés dans leur pays de citoyenneté. Après avoir réfléchi à la question, j'en suis venue à souscrire au point de vue du défendeur.

The principle established in Ward is that an asylum-seeker must prove that he has a well-founded fear of persecution in all countries of which he is a national before he can be conferred refugee status in Canada. The underlying rationale is that if the asylum-seeker can avail himself of the protection of his country of nationality, he is not entitled to the protection of a third state. As stated by La Forest J. in *Ward*:

In considering the claim of a refugee who enjoys nationality in more than one country, the Board must investigate whether the claimant is unable or unwilling to avail him or herself of the protection of each and every country of nationality. . . . [T]he rationale underlying international refugee protection is to serve as “surrogate” shelter coming into play only upon failure of national support. When available, home state protection is a claimant’s sole option.

It follows that once the Board determines that a claimant would not be the object of persecution in one of his countries of nationality, it has no obligation to examine his other claims. Thus, given the *Ward* decision, I conclude that the Board did not err in the case at bar.

However, I would like to point out that the decision in *Ward* does not envisage the awkward situation where the claimant is also a member of the family class. As I previously indicated, the consequences of denying refugee status to the principal applicant’s dependants seems harsh at first glance. But according to the case law, there is no concept of family unity incorporated into the definition of Convention refugee, [see footnote 4 (Nadon J. in *Casetellanos v. Canada (Solicitor General)*, [1995] 2 F.C. 190 (T.D.) stated at 199-201: “The principle of family unity requires that persons granted refugee status should not be separated from their closest family members, particularly when a situation of dependency exists; it is a principle of togetherness. . . . The definition of Convention refugee to which Canada subscribes by virtue of its being a signatory to the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* (Geneva, July 28, 1951), [1969] Can T.S. No. 6, does not incorporate the concept of family unity. . . . It is quite plain that there is no mention of family unity in the current definition. Therefore, in order to apply the principle of family unity in the case at bar, I would have to extend the definition of Convention refugee. There is no justification for doing so.”)] this Court having chosen to adopt a very narrow view of the definition. [Emphasis added.]

[43] I find, as did Madam Justice Tremblay-Lamer, that there is no need for the Board to consider a

Selon le principe établi dans l’arrêt Ward, le demandeur d’asile doit établir qu’il craint avec raison d’être persécuté dans chacun des pays dont il a la nationalité avant de pouvoir obtenir le statut de réfugié au Canada. Le raisonnement qui sous-tend ce principe est que si le demandeur d’asile peut se réclamer de la protection de son pays de nationalité, il n’a pas le droit de se réclamer de celle d’un autre État. Comme l’a dit le juge La Forest dans l’arrêt *Ward*:

En examinant la revendication d’un réfugié qui bénéficie de la nationalité de plus d’un pays, la Commission doit se demander si le demandeur ne peut ou ne veut se réclamer de la protection de chaque pays dont il a la nationalité. [ . . . ] [L]a protection internationale des réfugiés est destinée à servir de mesure «auxiliaire» qui n’entre en jeu qu’en l’absence d’appui national. Lorsqu’il est possible de l’obtenir, la protection de l’État d’origine est la seule solution qui s’offre à un demandeur.

Il s’ensuit que lorsque la Commission a déterminé que le revendicateur ne serait pas persécuté dans l’un ou l’autre des pays dont il a la nationalité, elle n’est pas tenue d’examiner les autres prétentions de ce dernier. En conséquence, compte tenu de l’arrêt *Ward*, je conclus que la Commission n’a pas commis d’erreur en l’espèce.

Cependant, je fais remarquer que cet arrêt n’envisage pas la situation difficile qui se pose lorsque le revendicateur appartient également à la catégorie de la famille. Comme je l’ai déjà dit, les conséquences du refus d’accorder le statut de réfugié aux personnes à charge du demandeur principal semblent graves à première vue. Toutefois, selon la jurisprudence, la définition de réfugié au sens de la Convention ne fait intervenir aucune notion d’unité de la famille [voir note 4] (Le juge Nadon a dit, dans la décision *Casetellanos c. Canada (Solliciteur général)*, [1995] 2 C.F. 190 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 199 et 201: «Le principe de l’unité de la famille veut que les personnes auxquelles est accordé le statut de réfugié ne soient pas séparées des membres les plus proches de leur famille, particulièrement lorsque des personnes à charge sont visées. Ce principe concerne donc l’union des membres d’une famille [ . . . ] La notion de l’unité de la famille est absente de la définition de réfugié au sens de la Convention à laquelle le Canada souscrit en tant que signataire de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* (adoptée à Genève le 28 juillet 1951), [1969] R.T. Can. 1969, n<sup>o</sup> 6 [ . . . ] Il est bien évident que le principe de l’unité de la famille n’est pas mentionné dans la définition actuelle de réfugié au sens de la Convention. Afin d’appliquer ce principe en l’espèce, je devrais donc élargir cette définition, mais rien ne le justifierait.») Notre Cour ayant choisi d’interpréter la définition de façon restrictive. [C’est moi qui souligne.]

[43] Je conclus, comme M<sup>me</sup> le juge Tremblay-Lamer, qu’il n’y a pas lieu pour la Commission

person's claim of persecution with respect to another country where the Board has already found, based on the evidence before it, that the applicant does not have a well-founded claim in a country where returning the applicant does not pose a reasonable possibility of persecution. Such an assessment would be futile. Thus, the Board did not err in not considering the applicant's and the children's claim with respect to Mexico.

#### CONCLUSION

[44] I allow the application for judicial review for the applicants Maryel Anaya Serrano, Oscar Salvador Anaya Serrano and Luis Francisco Anaya Serrano on the basis that the Board erred in proceeding to designate the applicant as the children's representative without regard to whether the applicant or the children understood the legal meaning of such a designation with respect to the outcome of the children's refugee claim.

[45] The lack of knowledge as to what was meant by "designated representative" precluded the children, by virtue of their designated representative, from fully answering the case against them and from presenting their claim as best they could. Thus depriving them of a fair hearing.

[46] I dismiss the judicial review application in so far as it relates to the applicant, Oscar Francisco Anaya Espinoza.

[47] The matter for the children is returned for a new hearing before a differently constituted Board which Board shall, pursuant to subsection 69(4) of the *Immigration Act*, designate a representative, if still required, to all or some of the children and to ensure the designated representative, as well as the children, if possible, understand the meaning of the process.

#### QUESTION TO BE CERTIFIED

[48] Pursuant to subsection 83(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73], a judgment of the Federal Court,

d'examiner la crainte prétendue de persécution d'une personne relativement à un autre pays lorsque la Commission a déjà conclu, en se fondant sur la preuve portée à sa connaissance, que le demandeur n'a pas une crainte fondée de persécution dans un pays où le fait de retourner le demandeur ne crée pas de risque raisonnable de persécution. Une telle évaluation serait futile. Donc, la Commission n'a pas commis d'erreur en n'examinant pas la revendication du demandeur et des enfants en ce qui concerne le Mexique.

#### CONCLUSION

[44] J'accueille la demande de contrôle judiciaire en ce qui concerne les demandeurs Maryel Anaya Serrano, Oscar Salvador Anaya Serrano et Luis Francisco Anaya Serrano pour le motif que la Commission a commis une erreur en désignant le demandeur représentant d'office des enfants sans examiner si le demandeur ou les enfants comprenaient ce que signifiait sur le plan juridique une telle désignation quant à l'issue de la revendication du statut de réfugié des enfants.

[45] Le fait de ne pas savoir ce que signifiait l'expression «représentant commis d'office» empêchait les enfants, en vertu de leur représentant commis d'office, de réfuter pleinement la preuve présentée contre eux et de présenter leur revendication du mieux qu'ils pourraient. Ce qui les prive d'une audition équitable.

[46] Je rejette la demande de contrôle judiciaire dans la mesure où elle concerne le demandeur, Oscar Francisco Anaya Espinoza.

[47] En ce qui concerne les enfants, l'affaire est renvoyée pour nouvelle audition devant un tribunal autrement constitué, lequel devra, conformément au paragraphe 69(4) de la *Loi sur l'immigration*, commettre un représentant d'office, si besoin est, pour l'ensemble ou certains des enfants et s'assurer que le représentant commis d'office ainsi que les enfants, si possible, comprennent le sens du processus.

#### QUESTION À CERTIFIER

[48] Conformément au paragraphe 83(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73], il peut être interjeté appel

Trial Division, on an application for judicial review may be appealed to the Federal Court of Appeal if the Trial Division judge certified that a serious question of general importance is involved and has stated that question.

[49] Counsel for the applicants asks that the following question be certified:

Whether the Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board, before proceeding with a refugee claim, has a duty to ensure that, in compliance with Section 69(4) of The Immigration Act, the designated representative and, any minor claimants concerned therein, or a person who in the opinion of the Division is unable to appreciate the nature of the proceedings, fully understand the meaning of being or having a designated representative, and the consequences that could follow therefrom.

[50] Counsel for the respondent opposes certification on the ground the question raises no question of general importance.

[51] The respondent has not filed a question for certification.

[52] In that I have found that the Board does have an obligation to explain to the designated representative the meaning and legal consequences of being a designated representative, I see no need to certify the above question.

d'une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale relativement à une demande de contrôle judiciaire si le juge de la Section de première instance certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci.

[49] L'avocat des demandeurs demande que la question suivante soit certifiée:

La Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié est-elle tenue, avant de traiter une revendication du statut de réfugié, de s'assurer que, conformément au paragraphe 69(4) de la Loi sur l'immigration, le représentant commis d'office et tout demandeur mineur intéressé, ou une personne qui, de l'avis de la Section, n'est pas en mesure de comprendre la nature de la procédure, comprennent pleinement ce que signifie le fait d'être ou d'avoir un représentant commis d'office ainsi que les conséquences qui pourraient en découler?

[50] L'avocate du défendeur s'oppose à la certification pour le motif que la question ne soulève pas de question de portée générale.

[51] Le défendeur n'a pas déposé de question à des fins de certification.

[52] Puisque j'ai conclu que la Commission est effectivement tenue d'expliquer au représentant commis d'office ce que signifie être représentant commis d'office et les conséquences juridiques qui en découlent, je ne vois pas la nécessité de certifier la question susmentionnée.

T-2688-97

T-2688-97

**Johns Manville International, Inc. (Applicant)****Johns Manville International, Inc. (demanderesse)**

v.

c.

**The Deputy Minister, National Revenue (Respondent)****Le sous-ministre du Revenu national (défendeur)****INDEXED AS: JOHNS MANVILLE INTERNATIONAL, INC. v. DEPUTY M.N.R., CUSTOMS AND EXCISE (T.D.)****RÉPERTORIÉ: JOHNS MANVILLE INTERNATIONAL, INC. c. SOUS-MINISTRE M.R.N., DOUANES ET ACCISE (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Evans J.—Ottawa, January 5; Toronto, March 18, 1999.

Section de première instance, juge Evans—Ottawa, 5 janvier; Toronto, 18 mars 1999.

*Anti-dumping — Judicial review of refusal to disclose information contained in Detailed Adjustment Statement, accompanying worksheets, used to assess anti-dumping duty payable by importers on goods exported by applicant to Canada under Special Import Measures Act, s. 55 — Respondent not lawfully exercising discretion under Customs Act, s. 108(3) to disclose information to person who provided it as wrongfully concluding no discretion to exercise — Identity of person who “provided” information not limited to person from whom respondent immediately obtained information — Improper delegation of power to form opinion whether information should be disclosed under s. 108.*

*Antidumping — Contrôle judiciaire du refus de communiquer des renseignements contenus dans le Relevé détaillé de réajustement et les feuilles de travail connexes ayant servi à calculer les droits antidumping payables par des importateurs sur des marchandises que la demanderesse a exportées au Canada en vertu de l’art. 55 de la Loi sur les mesures spéciales d’importation — Le défendeur n’a pas exercé légalement le pouvoir discrétionnaire que lui confère l’art. 108(3) de la Loi sur les douanes de communiquer les renseignements à la personne qui les a fournis étant donné qu’il a conclu à tort qu’il n’y avait pas de pouvoir discrétionnaire à exercer — L’identité de la personne qui a «fourni» les renseignements au défendeur ne se restreint pas à la personne qui les lui a directement fournis — Délégation irrégulière du pouvoir d’exprimer un avis sur la communication de renseignements en vertu de l’art. 108.*

*Customs and Excise — Customs Act — S. 107 prohibiting disclosure of any information “obtained by” Minister for purposes of Customs Act, Customs Tariff — S. 108(1)(c) permitting disclosure of such information to any person “legally entitled” thereto — S. 108(3) permitting disclosure to person who “provided” information — “Obtained” meaning documents created by respondent containing information obtained from importer, some other source — Immaterial that respondent created document — That information obtained from importers in discharge of duty under Customs Act, subsequently copied onto other forms for purposes of Special Import Measures Act not changing original purpose for which obtained — Therefore within prohibition against disclosure imposed by paragraph 107(1)(a) — Identity of person who “provided” information not limited to person from whom respondent immediately obtained information — Rationale permitting disclosure to immediate provider of information extending to person supplying it to that person — “Legally entitled” narrowly construed to mean only statutory powers conferred by federal statutes authorizing particular departments, officials to obtain information for government purposes.*

*Douanes et Accise — Loi sur les douanes — L’art. 107 interdit la communication de renseignements «obtenus par» le ministre pour l’application de la Loi sur les douanes et du Tarif des douanes — L’art. 108(1)(c) permet la communication de ces renseignements aux personnes ayant «légalement qualité» à cet égard — L’art. 108(3) permet la communication de ces renseignements à la personne qui les a «fournis» — Le mot «obtenu» désigne les documents établis par le défendeur qui contiennent des renseignements fournis par un importateur ou provenant d’une autre source — Il est sans importance que le défendeur ait établi le document — Le fait que les renseignements fournis par les importateurs dans l’accomplissement de l’obligation que leur impose la Loi sur les douanes ont par la suite été copiés sur d’autres formulaires pour l’application de la LMSI n’a pas modifié le but premier dans lequel ils ont été fournis — Par conséquent, ces renseignements étaient visés par l’interdiction de communication prévue à l’art. 107(1)(a) — L’identité de la personne qui a «fourni» les renseignements au défendeur ne se restreint pas à la personne qui les lui a directement fournis — La justification qui permet de communiquer des renseignements à la personne qui les a directement fournis s’applique également au tiers qui a fourni ces mêmes renseignements à cette personne —*

*Administrative law — Judicial review — Respondent refusing to disclose information in Detailed Adjustment Statement, accompanying worksheets used to assess anti-dumping duty payable by importers on goods exported by applicant to Canada under Special Import Measures Act, s. 55 — As liability to pay any anti-dumping duties on importer, not exporter, respondent not obliged by duty of fairness to notify exporters of results of investigations under s. 55 — Respondent not having automatic statutory duty to advise applicant of result of section 55 assessments — Not required to exercise discretion to disclose information under Customs Act, s. 108 unless applicant cannot obtain information any other way, thereby deprived of reasonable opportunity to exercise statutory rights of review, appeal — As applicant not alleging unable to obtain from importers information about assessments of anti-dumping duty, duty of fairness not requiring disclosure of information.*

*Practice — Costs — Applicant refusing respondent's offer to remit matter to officer authorized to exercise statutory jurisdiction if judicial review application discontinued — Court having full discretionary power over amount, allocation of costs on applications for judicial review: Federal Court Rules, 1998, s. 400(1) — That offer made in writing factor to be considered — That relief granted by Court no more favourable to applicant than that offered by respondent in settlement attempt may justify award of costs to respondent, even though application granted — Inappropriate to award respondent costs as applicant raising important questions of law about statutory scheme, Court finding in favour of applicant in that legal authority to exercise discretion improperly delegated, interpretation of "provided" for purposes of Customs Act, s. 108(3).*

This was an application for judicial review of a Revenue Canada official's refusal to disclose to the applicant information contained in the Detailed Adjustment Statement (DAS) and the accompanying worksheets used to assess anti-dumping duty imposed on goods exported by the applicant to Canada. The applicant manufactures and exports

*L'expression «ayant légalement qualité» a été interprétée de manière restrictive et ne s'applique qu'aux pouvoirs conférés par les lois fédérales qui autorisent des ministères ou des fonctionnaires précis à obtenir des renseignements à des fins administratives.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Refus du défendeur de communiquer des renseignements contenus dans le Relevé détaillé de réajustement et les feuilles de travail connexes ayant servi à calculer les droits antidumping payables par des importateurs sur des marchandises que la demanderesse a exportées au Canada en vertu de l'art. 55 de la Loi sur les mesures spéciales d'importation — Comme c'est l'importateur, et non l'exportateur, qui est redevable des droits antidumping, l'équité n'obligeait pas le défendeur à aviser les exportateurs des résultats des enquêtes menées sous le régime de l'art. 55 — La demanderesse n'avait pas automatiquement le droit d'être informée par le défendeur des résultats des impositions faites en vertu de l'art. 55 — Le défendeur n'était pas tenu d'exercer le pouvoir discrétionnaire de communiquer les renseignements en vertu de l'art. 108, sauf si la demanderesse était incapable d'obtenir ces renseignements par d'autres moyens et était de ce fait privée de la possibilité d'exercer les droits de révision et d'appel prévus par la loi — Comme la demanderesse n'a pas prétendu qu'elle était incapable d'obtenir des importateurs des renseignements sur les droits antidumping qui ont été imposés, l'obligation imposée par l'équité n'exigeait pas que les renseignements soient communiqués.*

*Pratique — Dépens — La demanderesse a rejeté l'offre du défendeur de renvoyer l'affaire à un fonctionnaire autorisé à exercer le pouvoir prévu par la loi si elle abandonnait la demande de contrôle judiciaire — La Cour a entière discrétion à l'égard du montant et de l'attribution des dépens dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire: art. 400(1) des Règles de la Cour fédérale (1998) — L'existence d'une offre écrite de règlement est un facteur à prendre en considération — Le fait que la réparation accordée par la Cour n'était pas plus favorable à la demanderesse que celle offerte par le défendeur pour tenter de régler le litige peut justifier l'attribution des dépens au défendeur, même si la demande a été accueillie — Il n'était pas opportun d'adjuger les dépens au défendeur car la demanderesse a soulevé des questions de droit importantes au sujet du système législatif, et la Cour a statué en faveur de la demanderesse quant à la délégation irrégulière du pouvoir légal d'exercer le pouvoir discrétionnaire et à l'interprétation du mot «fourni» pour l'application de l'art. 108(3) de la Loi sur les douanes.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire du refus d'un fonctionnaire de Revenu Canada de communiquer à la demanderesse les renseignements contenus dans le Relevé détaillé de réajustement (RDR) et les feuilles de travail connexes ayant servi à calculer les droits antidumping imposés sur des marchandises qu'elle a exportées au

from the United States to Canada polyiso insulation board. The Canadian International Trade Tribunal (CITT) found that the dumping of polyiso board had caused material injury to Canadian producers of like goods. After a finding of material injury, the respondent is required by *Special Import Measures Act*, section 55 to cause an official to determine the "normal value" and "export price" of the goods in order to determine the anti-dumping duties to be paid by, or refunded to, the importers. Information on which a determination of anti-dumping duty payable by importers is based is provided by exporters. In October 1997 the applicant was advised of the "normal values" assigned to the polyiso board that it had exported, and the methodology used to make this determination, but not the information contained in the Detailed Adjustment Statement and the accompanying worksheets. In a letter dated December 2, 1997 Mr. St. Arnaud refused to disclose such information.

The applicant submitted that the respondent's refusal to disclose the information and failure to notify the applicant that section 55 determinations had been made breached the duty of fairness. The respondent submitted that *Customs Act*, section 107 prohibited disclosure of the information and that the information did not fall within any of the exceptions in section 108. Section 107 prohibits the disclosure of any information obtained by the Minister for the purposes of the Act, or the *Customs Tariff*. Paragraph 108(1)(c) permits the disclosure of such information to any person legally entitled thereto and subsection 108(3) permits disclosure of information to the person who "provided" it. The respondent also submitted that the duty of fairness did not require disclosure of the information because the applicant was able to obtain all the information required to challenge an assessment of anti-dumping duty from the importers of its goods, who are liable to pay any of the anti-dumping duties assessed against imported goods.

The issues were: (1) whether the application for judicial review was limited to the respondent's refusal to disclose the information requested by the applicant, or whether it included the respondent's failure to notify the applicant that section 55 determinations had been made; (2) whether disclosure of the information was prohibited by paragraph 107(1)(a); (3) whether the information may be disclosed pursuant to subsection 108(3), which depended upon (i) whether the applicant "provided" the information, the disclosure of which it was requesting, to the respondent; (ii) whether the applicant was "legally entitled" to the information on the DAS; and, (iii) whether the respondent had exercised in accordance with law any discretion conferred by section 108 to disclose information requested by the

Canada. La demanderesse fabrique aux États-Unis et exporte au Canada des panneaux isolants de polyiso. Le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) a conclu que le dumping de panneaux de polyiso avait causé un dommage important aux producteurs canadiens de marchandises similaires. Lorsque le TCCE arrive à la conclusion qu'un dommage important a été causé, le défendeur est tenu par l'article 55 de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation* de faire déterminer par un fonctionnaire la «valeur normale» et le «prix à l'exportation» des marchandises en question afin de calculer les droits antidumping payables par les importateurs ou devant leur être restitués. Les renseignements sur lesquels repose le calcul des droits antidumping payables par les importateurs sont fournis par les exportateurs. En octobre 1997, la demanderesse a été avisée des «valeurs normales» attribuées aux panneaux de polyiso qu'elle avait exportés et de la méthodologie utilisée à cette fin, mais elle n'a pas obtenu les renseignements contenus dans le RDR et les feuilles de travail connexes. Par lettre en date du 2 décembre 1997, M. St. Arnaud a refusé de communiquer ces renseignements.

La demanderesse a soutenu qu'en refusant de lui communiquer les renseignements et en ne l'avisant pas des résultats des impositions fondées sur l'article 55, le défendeur a commis un manquement à l'obligation que lui imposait l'équité. Le défendeur a soutenu que l'article 107 de la *Loi sur les douanes* interdisait de communiquer ces renseignements et que ces renseignements ne relevaient pas des exceptions prévues à l'article 108. L'article 107 interdit de communiquer des renseignements obtenus par le ministre pour l'application de la Loi ou du *Tarif des douanes*. L'alinéa 108(1)c) permet la communication de ces renseignements aux personnes ayant légalement qualité à cet égard, et le paragraphe 108(3) permet la communication de ces renseignements à la personne qui les a «fournis». Le défendeur a en outre soutenu qu'il n'était pas tenu par l'équité de communiquer ces renseignements parce que la demanderesse était en mesure d'obtenir tous les renseignements dont elle avait besoin pour contester une imposition en s'adressant aux importateurs de ses marchandises, lesquels sont redevables des droits antidumping imposés sur les marchandises importées.

Les questions litigieuses étaient de savoir: 1) si l'objet de la demande de contrôle judiciaire se limitait au refus du défendeur de communiquer les renseignements demandés par la demanderesse, ou s'il comprenait le défaut du défendeur d'aviser la demanderesse que des décisions fondées sur l'article 55 avaient été rendues; 2) si la communication des renseignements demandés était interdite par l'alinéa 107(1)a); 3) si les renseignements pouvaient être communiqués en vertu du paragraphe 108(3), ce qui dépendait (i) de la question de savoir si la demanderesse avait «fourni» au défendeur les renseignements dont elle demandait la communication; (ii) de la question de savoir si la demanderesse avait «légalement qualité» pour obtenir les renseignements contenus dans le RDR; et (iii) de la question de savoir si le

applicant; and (4) whether the duty of fairness required the respondent to disclose to the applicant the DAS and related worksheets.

*Held*, the application should be allowed to the extent that the respondent was ordered to consider the exercise of his discretion under subsection 108(3), and it was declared that the information is “provided” for the purposes of subsection 108(3) not only by the person who delivers it to the respondent, but also by the manufacturer or exporter from whom it originally emanated.

(1) As the December 2, 1997 letter did not expressly refuse to provide the applicant with notice of any decision that has been made, the question of whether the respondent must always give notice was not properly raised by this proceeding.

Regardless, the issue of whether, and in what circumstances, the respondent is legally required to provide the results of a section 55 assessment was not properly before the Court. Given the fact that the liability to pay any anti-dumping duties is on the importer, not the exporter, the respondent was not obliged by the duty of fairness to notify exporters of the results of the investigations under section 55. It cannot be inferred from the fact that the applicant has a right to seek a redetermination of a section 55 assessment, that it has an automatic right to be advised by the respondent of the results of the assessments. In most cases an exporter will either be advised by, or can ask the importer what duties have been imposed on imported goods. As the person liable to pay any anti-dumping duties, it is the importer that normally appeals. Moreover, the applicant did not allege that it was unable to obtain from importers information about the assessments of anti-dumping duty on polyiso board that had been made.

(2) The applicant submitted that the DAS were not “obtained by the Minister”, because they had been generated by officers of the respondent. It is sufficient for the purposes of section 107 if the documents created by the respondent contained information that was obtained from either an importer or some other source.

The applicant also submitted that the information contained in the DAS was obtained for the purpose of assessing anti-dumping duties under the SIMA, not the *Customs Act*, or *Customs Tariff*. The information was originally obtained by the respondent from the importers in the discharge of their statutory duty under *Customs Act*, subsection 32(1) to account for goods that they were bringing into Canada. That

défendeur a exercé en conformité avec la loi le pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 108 de communiquer les renseignements demandés par la demanderesse; et 4) si l'obligation imposée par l'équité faisait en sorte que le défendeur devait communiquer le RDR et les feuilles de travail connexes à la demanderesse.

*Jugement*: la demande doit être accueillie dans la mesure où la Cour a ordonné au défendeur de prendre en considération l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le paragraphe 108(3) et a rendu une ordonnance déclaratoire portant que des renseignements sont «fournis» au défendeur pour l'application du paragraphe 108(3) non seulement par la personne qui les fournit au défendeur, mais aussi par le fabricant ou l'exportateur qui est la source primaire de ces renseignements.

1) Comme la lettre en date du 2 décembre 1997 ne constituait pas un refus exprès d'aviser la demanderesse des décisions qui ont été rendues, la question de savoir si le défendeur doit toujours donner un avis n'a pas été régulièrement soulevée dans la présente espèce.

Malgré tout, la question de savoir si la loi oblige le défendeur à fournir le résultat des impositions faites en vertu de l'article 55, et dans quelles circonstances, n'a pas été régulièrement soumise à la Cour. Comme c'est l'importateur, et non l'exportateur, qui est redevable des droits antidumping, l'équité n'obligeait pas le défendeur à aviser automatiquement les exportateurs des résultats des enquêtes menées sous le régime de l'article 55. On ne saurait inférer du droit qu'a la demanderesse de demander la révision d'une imposition faite en vertu de l'article 55 qu'elle a automatiquement le droit d'être informée par le défendeur des résultats des impositions. Dans la plupart des cas, l'importateur avise l'exportateur ou l'exportateur demande lui-même à l'importateur quels droits ont été imposés sur des marchandises importées. Comme les droits antidumping sont payables par l'importateur, c'est lui qui interjette appel en temps normal. Par ailleurs, la demanderesse n'a pas prétendu qu'elle était incapable d'obtenir des importateurs des renseignements sur les droits antidumping imposés sur les panneaux de polyiso.

2) La demanderesse a soutenu que le RDR n'avait pas été «obtenu [. . .] par le ministre»; il s'agissait de documents établis par des fonctionnaires du défendeur. Il était suffisant, pour l'application de l'article 107, que les documents établis par le défendeur contiennent des renseignements fournis par un importateur ou provenant d'une autre source.

La demanderesse a également soutenu que les renseignements contenus dans le RDR ont été obtenus dans le but d'imposer des droits antidumping en vertu de la LMSI, et non en vertu de la *Loi sur les douanes* ou du *Tarif des douanes*. Les importateurs ont fourni ces renseignements au défendeur dans l'accomplissement de l'obligation que leur imposait le paragraphe 32(1) de la *Loi sur les douanes* de

this information was subsequently copied onto other forms for the purposes of SIMA did not change the original purpose for which it was obtained by the respondent. Therefore it fell within the prohibition against disclosure imposed by paragraph 107(1)(a). The purposes of paragraph 107(1)(a) are to facilitate the administration of the *Customs Act* by encouraging importers to provide information voluntarily by an assurance that it will not be disclosed to other individuals, and to ensure fairness to individuals who are legally obliged to provide confidential information to the Government. It would undermine these purposes if the information were deprived of confidentiality as a result of being copied onto a form used for the purposes of an Act other than the *Customs Act*. Even information provided by the person requesting its disclosure is protected by paragraph 107(1)(a), as indicated by the fact that such information falls within one of the categories of information that may be disclosed in the discretion of an officer of the respondent under subsection 108(3).

(3)(i) The identity of the person who “provided” information to the respondent should not be limited to the person from whom the respondent immediately obtained the information. The rationale permitting disclosure of the information to the immediate provider of the information extends to the person who supplied it to that person. This conclusion reinforces the view that paragraph 107(1)(a) includes information that originated with the person who has requested its disclosure.

(ii) Any right that the applicant may have had under the duty of fairness to obtain the DAS and related worksheets from the respondent did not make the applicant “legally entitled” to the information for the purpose of paragraph 108(1)(c). “Legally entitled” to the information for the purpose of paragraph 108(1)(c) should be limited in the same manner as the analogous provision in the *Income Tax Act*, so that it applies only to the statutory powers conferred by those federal statutes that authorize particular departments or officials to obtain information for administrative purposes.

(iii) The discretion conferred on an officer by subsection 108(3) to disclose information to the person who provided it is broad enough to include an exporter, such as the applicant, who is the original source of information provided to the respondent by the importers, albeit on a different form. The respondent and his officials have taken the view that they had no discretion to disclose the information on the DAS to the respondent. A public official unlawfully fails to exercise a discretion if, as a result of a misconstruction of the scope of the discretion conferred by Parliament, he concludes that no discretion is exercisable in a given

faire une déclaration en détail des marchandises qu'ils introduisaient au Canada. Le fait que ces renseignements ont par la suite été copiés sur d'autres formulaires pour l'application de la LMSI n'a pas modifié le but premier dans lequel ils ont été fournis au défendeur. Par conséquent, ces renseignements étaient visés par l'interdiction de communication prévue à l'alinéa 107(1)a). L'alinéa 107(1)a) vise à faciliter l'application de la *Loi sur les douanes* en encourageant les importateurs à fournir des renseignements sur une base volontaire, forts de l'assurance que ces renseignements ne seront pas communiqués à un tiers, et vise à garantir l'équité aux personnes qui sont légalement tenues de fournir des renseignements confidentiels au gouvernement. Ces objectifs seraient sapés si ces renseignements cessaient d'être confidentiels du fait de leur transcription sur un formulaire utilisé pour l'application d'une loi autre que la *Loi sur les douanes*. Même des renseignements fournis par la personne qui demande leur communication sont protégés par l'alinéa 107(1)a). C'est ce que révèle clairement le fait que de tels renseignements appartiennent à l'une des catégories de renseignements qui peuvent être communiqués à la discrétion d'un fonctionnaire du défendeur en vertu du paragraphe 108(3).

3)(i) L'identité de la personne qui a «fourni» les renseignements au défendeur ne devrait pas se restreindre à la personne qui les lui a directement fournis. La justification qui permet de communiquer les renseignements à la personne qui les a directement fournis s'applique également au tiers qui a fourni ces mêmes renseignements à cette personne. Cette conclusion vient renforcer le point de vue selon lequel l'alinéa 107(1)a) s'applique à des renseignements provenant de la personne qui a demandé leur communication.

(ii) Le droit que la demanderesse peut avoir, en raison de l'obligation imposée par l'équité, d'obtenir le RDR et les feuilles de travail connexes que le défendeur a en sa possession ne faisait pas en sorte que la demanderesse avait «légalement qualité» à cet égard pour l'application de l'alinéa 108(1)c). Cette expression devrait être limitée de la même façon que la disposition analogue contenue dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et ne s'appliquer qu'aux pouvoirs conférés par les lois fédérales qui autorisent des ministères ou des fonctionnaires précis à obtenir des renseignements à des fins administratives.

(iii) Le pouvoir discrétionnaire que le paragraphe 108(3) confère à un fonctionnaire de communiquer des renseignements à la personne qui les a fournis est suffisamment vaste pour viser un exportateur, comme la demanderesse, qui est la source primaire des renseignements fournis au défendeur par les importateurs, quoique sous une forme différente. Le défendeur et ses fonctionnaires ont adopté le point de vue qu'ils n'avaient pas le pouvoir discrétionnaire de communiquer les renseignements contenus dans le RDR à la demanderesse. Un fonctionnaire s'abstient illégalement d'exercer un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi s'il conclut, en

situation. This is what happened here.

The Minister improperly delegated the power to form an opinion whether information should be disclosed under section 108. Neither Mr. St. Arnaud's name nor position was included on the list of those to whom the Minister had delegated such power.

(4) The exporter is less directly affected by the imposition of anti-dumping duties than the importer who is liable to pay them. Moreover, the exporter will normally have access to the information, either from its own records or from the importer. The respondent is not required to exercise the discretion to disclose the information unless the applicant is able to establish that it cannot obtain the information in any other way, and that it would thereby be deprived of a reasonable opportunity to exercise its statutory rights of review and appeal. Since the applicant did not allege that the respondent's failure to disclose the information has prejudiced it in this case, the duty of fairness did not require that the information be disclosed.

The applicant refused to discontinue the application for judicial review in return for the respondent's remitting the matter to an officer who was authorized to exercise the statutory discretion under section 108. Costs on applications for judicial review are within the full discretion of the Court: *Federal Court Rules, 1998*, subsection 400(1). One of the factors to be considered is that an offer has been made in writing: paragraph 400(3)(e). That the relief granted by the Court is no more favourable to the applicant than that offered by the respondent in an attempt to settle the proceeding may thus justify an award of costs to the respondent, even though the application is granted. But, in the circumstances, it would not be appropriate to award the respondent costs because the application raised important questions of law regarding the administration of the statutory scheme, and because the Court found in the applicant's favour in that legal authority to exercise the discretion had been improperly delegated to Mr. St. Arnaud, and as to the interpretation of "provided" for the purposes of subsection 108(3).

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Pension Plan*, R.S.C. 1970, c. C-5.  
*Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 32(1) (as am. by S.C. 1995, c. 41, s. 8), 107 (as am. *idem*, s. 27), 108 (as am. *idem*, s. 28), 160 (as am. by S.C. 1993, c. 25, s. 88; c. 44, s. 107).

raison d'une interprétation erronée de l'étendue de ce pouvoir, qu'aucun pouvoir discrétionnaire ne peut être exercé dans une situation donnée. C'est ce qui s'est produit en l'espèce.

Le ministre a délégué irrégulièrement le pouvoir d'exprimer un avis sur la communication de renseignements en vertu de l'article 108. Ni M. St. Arnaud ni le poste qu'il occupait n'apparaissent sur la liste des personnes auxquelles le ministre avait délégué un tel pouvoir.

4) L'exportateur est touché moins directement par l'imposition de droits antidumping que l'importateur, qui est redevable de ces droits. De plus, l'exportateur aura normalement accès aux renseignements soit en consultant ses propres dossiers, soit en s'adressant à l'importateur. Le défendeur n'est pas tenu d'exercer le pouvoir discrétionnaire de communiquer les renseignements à moins que la demanderesse ne soit en mesure de prouver qu'elle est incapable d'obtenir ces renseignements par d'autres moyens, et qu'elle serait de ce fait privée de la possibilité d'exercer les droits de révision et d'appel prévus par la loi. Comme la demanderesse n'a pas prétendu que le défaut du défendeur de communiquer les renseignements en question lui avait causé un dommage dans la présente espèce, l'obligation imposée par l'équité n'exigeait pas du défendeur qu'il communique les renseignements en question.

La demanderesse a refusé d'abandonner la demande de contrôle judiciaire en contrepartie du renvoi par le défendeur de l'affaire à un fonctionnaire autorisé à exercer le pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 108. La Cour a entière discrétion pour attribuer les dépens d'une demande de contrôle judiciaire: paragraphe 400(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*. L'un des facteurs à prendre en considération est l'existence d'une offre écrite de règlement: alinéa 400(3)e). Le fait que la réparation accordée par la Cour n'est pas plus favorable à la demanderesse que celle offerte par le défendeur pour tenter de régler le litige peut donc justifier l'attribution des dépens au défendeur, même si la demande est accueillie. Toutefois, dans les circonstances de l'espèce, il ne serait pas opportun d'adjuger les dépens au défendeur parce que la demanderesse a soulevé des questions de droit importantes au sujet de la mise en œuvre du système législatif, et parce que la Cour a statué en faveur de la demanderesse quant à la délégation irrégulière à M. St. Arnaud du pouvoir légal d'exercer le pouvoir discrétionnaire et à l'interprétation du mot «fourni» pour l'application du paragraphe 108(3).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2.

*Customs Tariff*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 41.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 400(1), (3)(e).  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 241(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 68, s. 117).  
*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2.  
*Special Import Measures Act*, R.S.C., 1985, c. S-15, s. 38(1) (as am. by S.C. 1994, c. 47, ss. 166, 185), 41(1)(a) (as am. *idem*), 55 (as am. *idem*, ss. 176, 185), 56(1) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 203), (1.01) (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 212), (1.1) (as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 37), 59(1)(e) (as am. *idem*, s. 40; 1993, c. 44, s. 215).  
*Statistics Act*, S.C. 1970-71-72, c. 15.

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 241(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 68, art. 117).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).  
*Loi sur la statistique*, S.C. 1970-71-72, ch. 15.  
*Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 32(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 41, art. 8), 107 (mod., *idem*, art. 27), 108 (mod., *idem*, art. 28), 160 (mod. par L.C. 1993, ch. 25, art. 88; ch. 44, art. 107).  
*Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. (1985), ch. S-15, art. 38(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 166, 185), 41(1)a) (mod., *idem*), 55 (mod., *idem*, art. 176, 185), 56(1) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 203), (1.01) (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 212), (1.1) (édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 37), 59(1)e) (mod., *idem*, art. 40; 1993, ch. 44, art. 215).  
*Régime de pensions du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-5.  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règle 400(1),(3)e).  
*Tarif des douanes*, L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 41.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 91 CLLC 14,023; 126 N.R. 1; *Diversified Holdings Ltd. v. Canada*, [1991] 1 F.C. 595; (1990), 34 C.P.R. (3d) 187; [1991] 1 C.T.C. 118; 91 DTC 5029; 121 N.R. 155 (C.A.); *Glover v. Glover et al.* (1980), 29 O.R. (2d) 392; 113 D.L.R. (3d) 161; 16 C.P.C. 77; [1980] CTC 531; 80 DTC 6262; 43 N.R. 273; 18 R.F.L. (2d) 116 (C.A.); *Glover v. Minister of National Revenue*, [1981] 2 S.C.R. 561; (1981), 130 D.L.R. (3d) 383; [1982] CTC 29; 82 DTC 6035; 43 N.R. 271; 25 R.F.L. (2d) 335.

## REFERRED TO:

*Faced Rigid Cellular Polyurethane (Re)*, [1997] C.I.T.T. No. 44 (QL).

APPLICATION for judicial review of a Revenue Canada official's refusal to disclose to the applicant information contained in the Detailed Adjustment Statement and the accompanying worksheets used to assess anti-dumping duty imposed on goods exported by the applicant to Canada. Application allowed to the extent that the respondent was ordered to consider the exercise of his discretion to disclose information under *Customs Act*, subsection 108(3), and it was declared that information is "provided" for the purposes of

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 91 CLLC 14,023; 126 N.R. 1; *Diversified Holdings Ltd. c. Canada*, [1991] 1 C.F. 595; (1990), 34 C.P.R. (3d) 187; [1991] 1 C.T.C. 118; 91 DTC 5029; 121 N.R. 155 (C.A.); *Glover v. Glover et al.* (1980), 29 O.R. (2d) 392; 113 D.L.R. (3d) 161; 16 C.P.C. 77; [1980] CTC 531; 80 DTC 6262; 43 N.R. 273; 18 R.F.L. (2d) 116 (C.A.); *Glover c. Ministre du Revenu national*, [1981] 2 R.C.S. 561; (1981), 130 D.L.R. (3d) 383; [1982] CTC 29; 82 DTC 6035; 43 N.R. 271; 25 R.F.L. (2d) 335.

## DÉCISION CITÉE:

*Panneaux d'isolation thermique en polyisocyanurate (Re)*, [1997] T.C.C.E. n° 44 (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire du refus d'un fonctionnaire de Revenu Canada de communiquer à la demanderesse des renseignements contenus dans le Relevé détaillé de réajustement et les feuilles de travail connexes ayant servi à calculer les droits antidumping imposés sur des marchandises que la demanderesse a exportées au Canada. Demande accueillie dans la mesure où la Cour a ordonné au défendeur de prendre en considération l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe

subsection 108(3) not only by the person who delivers it to the respondent, but also by the manufacturer or exporter from whom it originally emanated.

108(3) de la *Loi sur les douanes* de communiquer des renseignements, et a rendu une ordonnance déclaratoire portant que des renseignements sont «fournis» au défendeur pour l'application du paragraphe 108(3) non seulement par la personne qui les lui fournit, mais aussi par le fabricant ou l'exportateur qui est la source primaire de ces renseignements.

APPEARANCES:

*Geoffrey C. Kubrick* for applicant.

*Anne M. Turley* for respondent.

ONT COMPARU:

*Geoffrey C. Kubrick* pour la demanderesse.

*Anne M. Turley* pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

*Flavell Kubrick & Lalonde*, Ottawa, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Flavell Kubrick & Lalonde*, Ottawa, pour la demanderesse.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

*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*

EVANS J.:

LE JUGE EVANS:

A. INTRODUCTION

A. INTRODUCTION

[1] This is an application for judicial review pursuant to section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, as amended, in which Johns Manville International, Inc. (the applicant) asks the Court to review a decision dated December 2, 1997 in which Mr. St. Arnaud, an official of Revenue Canada, refused to disclose to the applicant certain information about the assessment of anti-dumping duty imposed on goods exported by the applicant to Canada.

[1] Par voie de demande présentée en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, modifiée, Johns Manville International, Inc. (la demanderesse) demande le contrôle judiciaire de la décision en date du 2 décembre 1997 par laquelle un fonctionnaire de Revenu Canada, M. St. Arnaud, a refusé de lui communiquer certains renseignements sur les droits antidumping imposés sur des marchandises qu'elle avait exportées au Canada.

[2] The applicant alleges among other things that this refusal was in breach of the duty of fairness owed to the applicant by the Deputy Minister, National Revenue (the respondent). The relief requested includes orders compelling the disclosure of all relevant assessments, quashing assessments made without disclosure of information to which the applicant is entitled, and requiring the refund of any anti-dumping duties imposed and paid on goods that were the subject of invalid assessments.

[2] La demanderesse affirme entre autres que ce refus viole l'obligation d'équité que le sous-ministre du Revenu national (le défendeur) a envers elle. La réparation demandée comprend le prononcé d'une ordonnance rendant obligatoire la communication de toutes les impositions pertinentes, d'une ordonnance annulant les impositions qui ont été faites sans la communication des renseignements auxquels la demanderesse a droit et d'une ordonnance prescrivant le remboursement des droits antidumping qui ont été

payés à l'égard des marchandises visées par des impositions sans effet.

## B. BACKGROUND AND OVERVIEW

[3] The applicant manufactures and exports from the United States to Canada polyiso insulation board which is widely used in the construction industry for the insulation of roofs and walls. Following a complaint by a Canadian manufacturer that polyiso board made in the United States was being dumped in Canada, the respondent conducted an investigation. In a decision dated December 12, 1996 the respondent made a preliminary determination that polyiso insulation board originating in and exported from the United States had been dumped in Canada and that there was reasonable cause to believe that this was injuring the Canadian industry. A provisional assessment of anti-dumping duties was made in accordance with subsection 38(1) [as am. by S.C. 1994, c. 47, ss. 166, 185] of the *Special Import Measures Act*, R.S.C., 1985, c. S-15, as amended (SIMA).

[4] Pursuant to paragraph 41(1)(a) [as am. *idem*] of SIMA, the Deputy Minister made a final determination in March 1997 of dumping of polyiso insulation board. The matter was referred to the Canadian International Trade Tribunal (the CITT) for a determination of whether the dumping was causing or was likely to cause injury to the production in Canada of like goods. In a decision released on April 28, 1997 [[1997] C.I.T.T. No. 44 (QL)] the CITT found that the dumping of polyiso board had caused material injury to Canadian producers of like goods, except in British Columbia.

[5] After the CITT has made a finding of material injury, the respondent is required by section 55 [as am. *idem*, ss. 176, 185] of the SIMA to cause an official to determine, within six months of the CITT's decision, the "normal value" and "export price" of the goods in question in order to determine the anti-dumping duties to be paid by or refunded to the importers. Put simply, dumping occurs when the value

## B. GENÈSE DE L'INSTANCE ET VUE D'ENSEMBLE

[3] La demanderesse fabrique aux États-Unis et exporte au Canada des panneaux isolants de polyiso dont l'utilisation est très répandue dans l'industrie de la construction pour l'isolation des toits et des murs. Le défendeur a mené une enquête après qu'un fabricant canadien eut déposé une plainte concernant le dumping au Canada de panneaux de polyiso fabriqués aux États-Unis. Dans une décision préliminaire en date du 12 décembre 1996, le défendeur a déclaré que des panneaux isolants de polyiso originaires des États-Unis avaient fait l'objet d'un dumping au Canada et qu'il existait des motifs raisonnables de croire que ce dumping causait un dommage à l'industrie canadienne. Des droits provisoires ont été imposés en conformité avec le paragraphe 38(1) [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 166, 185] de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. (1985), ch. S-15, modifiée (LMSI).

[4] Conformément à l'alinéa 41(1)a [mod., *idem*] de la LMSI, le sous-ministre a rendu une décision définitive de dumping de panneaux isolants de polyiso en mars 1997. L'affaire a été renvoyée au Tribunal canadien du commerce extérieur (le TCCE) pour qu'il décide si ce dumping causait ou menaçait de causer un dommage à la production au Canada de marchandises similaires. Dans une décision rendue publique le 28 avril 1997 [[1997] T.C.C.E. n° 44 (QL)], le TCCE a conclu que le dumping de panneaux de polyiso avait causé un dommage important aux producteurs canadiens de marchandises similaires, sauf en Colombie-Britannique.

[5] Lorsque le TCCE arrive à la conclusion qu'un dommage important a été causé, le défendeur est tenu par l'article 55 [mod., *idem*, art. 176, 185] de la LMSI de faire déterminer par un fonctionnaire, dans les six mois suivant la date de la décision du TCCE, la «valeur normale» et le «prix à l'exportation» des marchandises en question afin de calculer les droits antidumping payables par les importateurs ou devant

of like goods as determined in the market of origin (the "normal value") exceeds that of the price at which the goods are sold to an importer in Canada (the "export price"). Exporters are asked to supply information on questionnaires sent out by the respondent to enable a determination to be made of any anti-dumping duty payable by the importers or, if the provisional duty was set too high, the amount of any refund of anti-dumping duty paid.

[6] In a letter dated October 10, 1997 the applicant was informed by the respondent that the Department had concluded its re-investigation of the "normal value" and "export price" of polyiso board pursuant to section 55 of SIMA. The applicant was advised of the "normal values" assigned to the polyiso board that it had exported, both during the provisional period and for shipments after October 10, 1997, and the methodology used to make this determination. Thus, the applicant was given notice that assessments had been made, but was not told the amount assessed in respect of the hundreds of imports of the board from its four plants in the United States. Nor was it given the information contained in the Detailed Adjustment Statement (the DAS) and the accompanying worksheets: these are the data from which the respondent makes its calculations. The applicant was not informed of the rate of exchange applied by the respondent to convert prices in U.S. dollars into Canadian funds.

[7] The applicant takes the position that, unless the respondent tells it the results of these assessments and discloses the information on which they are based, it is effectively prevented from exercising its statutory rights to seek a re-determination by the respondent under paragraph 56(1.1)(b) [as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 37] of SIMA, and from challenging assessments before either the CITT or, since the export is from the United States, a bilateral panel under the *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [[1994] Can.

leur être restitués. En gros, des marchandises font l'objet d'un dumping lorsque la valeur de marchandises similaires sur le marché d'origine (la «valeur normale») est supérieure au prix auquel les marchandises sont vendues à un importateur au Canada (le «prix à l'exportation»). Les exportateurs sont invités à fournir des renseignements dans des questionnaires que leur envoi le défendeur dans le but de calculer les droits antidumping payables par les importateurs ou, si les droits provisoires étaient trop élevés, devant leur être restitués.

[6] Dans une lettre en date du 10 octobre 1997, le défendeur a avisé la demanderesse que le Ministère avait clos la reprise d'enquête sur la «valeur normale» et le «prix à l'exportation» des panneaux de polyiso prévue à l'article 55 de la LMSI. Il a avisé la demanderesse des «valeurs normales» attribuées aux panneaux de polyiso qu'elle avait exportés durant la période provisoire et après le 10 octobre 1997, et de la méthodologie utilisée à cette fin. La demanderesse a donc été avisée que des impositions avaient été faites, mais elle n'a pas été avisée du montant imposé à l'égard des centaines d'importations de panneaux provenant de ses quatre usines situées aux États-Unis. De plus, elle n'a pas obtenu les renseignements contenus dans le Relevé détaillé de réajustement (le RDR) et les feuilles de travail connexes, qui renferment les données à partir desquelles le défendeur fait ses calculs. La demanderesse n'a pas été informée du taux de change que le défendeur a utilisé pour convertir les prix exprimés en dollars américains en devise canadienne.

[7] La demanderesse adopte le point de vue que si le défendeur ne l'avise pas des résultats des impositions et ne lui communique les renseignements à partir desquels les impositions sont faites, elle est, dans les faits, dans l'impossibilité d'exercer les droits que lui accorde la loi de demander une révision au défendeur en vertu du paragraphe 56(1.1) [édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 37] de la LMSI et de contester les impositions devant le TCCE ou, puisque les exportations proviennent des États-Unis, devant un groupe spécial bilatéral constitué en vertu de l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique*

T.S. No. 2] (NAFTA). Therefore, the applicant maintains, in refusing to disclose the information requested, the respondent has acted in breach of the duty of fairness.

[8] There are two principal elements of the respondent's position. First, the release of information sought by the applicant is prohibited by section 107 [as am. by S.C. 1995, c. 41, s. 27] of the *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, as amended, and the information does not fall within any of the exceptions contained in section 108 [as am. *idem*, s. 28] of the Act. Second, if the disclosure of the information is not protected by section 107, then the respondent is not required by the duty of fairness to disclose it because the applicant is able to obtain all the information that it requires to challenge an assessment of anti-dumping duty from the importers of its goods, who are liable to pay any of the anti-dumping duties assessed against imported goods.

### C. THE LEGISLATIVE FRAMEWORK

[9] *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, as amended

**107.** (1) Except as authorized by section 108, no official or authorized person shall

(a) knowingly communicate or knowingly allow to be communicated to any person any information obtained by or on behalf of the Minister for the purposes of this Act or the *Customs Tariff* or by an authorized person for the purpose of carrying out an agreement made under subsection 147.1(3);

...

**108.** (1) An officer may communicate or allow to be communicated information obtained under this Act or the *Customs Tariff*, or allow inspection of or access to any book, record, writing or other document obtained by or on behalf of the Minister for the purposes of this Act or the *Customs Tariff*, to or by

...

(c) any person otherwise legally entitled thereto.

*et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992 [[1994] R.T. Can. n° 2] (ALÉNA). La demanderesse soutient donc qu'en refusant de communiquer les renseignements demandés, le défendeur a commis un manquement à l'obligation que lui impose l'équité.

[8] La thèse du défendeur comporte deux éléments principaux. Premièrement, l'interdiction de communiquer les renseignements demandés par la demanderesse est prévue à l'article 107 [mod. par L.C. 1995, ch. 41, art. 27] de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, modifiée, et ces renseignements ne relèvent pas des exceptions prévues à l'article 108 [mod., *idem*, art. 28] de la Loi. Deuxièmement, si la communication des renseignements n'est pas visée par l'interdiction prévue à l'article 107, le défendeur n'est pas tenu par l'équité de communiquer ces renseignements parce que la demanderesse est en mesure d'obtenir tous les renseignements dont elle a besoin pour contester une imposition en s'adressant aux importateurs de ses marchandises, lesquels sont redevables des droits antidumping imposés sur les marchandises importées.

### C. LE CADRE LÉGISLATIF

[9] *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, modifiée

**107.** (1) Sauf dans les cas prévus à l'article 108, il est interdit aux fonctionnaires et aux personnes autorisées:

a) de communiquer ou laisser communiquer sciemment à quiconque des renseignements obtenus soit par le ministre ou en son nom pour l'application de la présente loi ou du *Tarif des douanes*, soit par une personne autorisée en vue de la mise en œuvre d'un accord conclu en vertu du paragraphe 147.1(3);

[. . .]

**108.** (1) L'agent peut communiquer ou laisser communiquer des renseignements obtenus en vertu de la présente loi ou du *Tarif des douanes* aux personnes suivantes, ou laisser celles-ci examiner les livres, dossiers, écrits ou autres documents obtenus par le ministre ou en son nom pour l'application de ces lois, ou y avoir accès:

[. . .]

c) les personnes ayant, d'une façon générale, légalement qualité à cet égard.

. . .

[. . .]

(3) An officer may show any book, record, writing or other document obtained for the purposes of this Act or the *Customs Tariff*, or permit a copy thereof to be given, to the person by or on behalf of whom the book, record, writing or other document was provided, or to any person authorized to transact business under this Act or the *Customs Tariff* as that person's agent, at the request of any such person and on receipt of such fee, if any, as is prescribed.

*Special Import Measures Act*, R.S.C., 1985, c. S-15, as amended [section 56(1) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 203), (1.01) (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 212)]

**55. (1) Where the Deputy Minister**

(a) has made a final determination of dumping or subsidizing under subsection 41(1) with respect to any goods, and

(b) has, where applicable, received from the Tribunal an order or finding described in any of sections 4 to 6 with respect to the goods to which the final determination applies,

the Deputy Minister shall cause a designated officer to determine, not later than six months after the date of the order or finding,

(c) in respect of any goods referred to in subsection (2), whether the goods are in fact goods of the same description as goods described in the order or finding,

(d) the normal value and export price of or the amount of subsidy on the goods so released, and

(e) where section 6 or 10 applies in respect of the goods, the amount of the export subsidy on the goods.

**56. (1) Where, subsequent to the making of an order or finding of the Tribunal or an order of the Governor in Council imposing a countervailing duty under section 7, any goods are imported into Canada, a determination by a customs officer**

(a) as to whether the imported goods are goods of the same description as goods to which the order or finding of the Tribunal or the order of the Governor in Council applies,

(b) of the normal value of or the amount, if any, of the subsidy on any imported goods that are of the same description as goods to which the order or finding of the Tribunal or the order of the Governor in Council applies, and

(3) L'agent peut présenter tout livre, dossier, écrit ou autre document obtenu pour l'application de la présente loi ou du *Tarif des douanes*, ou permettre d'en donner copie, soit à la personne par qui ou au nom de qui le document a été fourni, soit au mandataire autorisé par elle à accomplir les opérations visées par ces lois, à condition que l'intéressé en fasse la demande et acquitte les frais éventuellement fixés par règlement.

*Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. (1985), ch. S-15, modifiée [article 56(1) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 203), (1.01) (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 212)]

**55. (1) Après avoir:**

a) rendu la décision définitive de dumping ou de subventionnement prévue au paragraphe 41(1);

b) reçu, le cas échéant, l'ordonnance ou les conclusions du Tribunal visées à l'un des articles 4 à 6 au sujet des marchandises objet de la décision définitive,

le sous-ministre fait déterminer par un agent désigné, dans les six mois suivant la date de l'ordonnance ou des conclusions:

c) la question de savoir si les marchandises visées au paragraphe (2) sont en fait de même description que celles désignées dans l'ordonnance ou les conclusions;

d) la valeur normale et le prix à l'exportation de ces marchandises ou le montant de subvention octroyée pour elles;

e) si les articles 6 ou 10 s'appliquent aux marchandises, le montant de la subvention à l'exportation octroyée pour elles.

**56. (1) Lorsque des marchandises sont importées après la date de l'ordonnance ou des conclusions du Tribunal ou celle du décret imposant des droits compensateurs, prévu à l'article 7, est définitive une décision rendue par un agent des douanes dans les trente jours après déclaration en détail des marchandises aux termes des paragraphes 32(1), (3) ou (5) de la *Loi sur les douanes* et qui détermine:**

a) la question de savoir si les marchandises sont de même description que des marchandises auxquelles s'applique l'ordonnance ou les conclusions, ou le décret;

b) la valeur normale des marchandises de même description que des marchandises qui font l'objet de l'ordonnance ou des conclusions, ou du décret, ou le montant de l'éventuelle subvention qui est octroyée pour elles;

(c) of the export price of or the amount, if any, of the export subsidy on any imported goods that are of the same description as goods to which the order or finding of the Tribunal applies,

made within thirty days after they were accounted for under subsection 32(1), (3) or (5) of the *Customs Act* is final and conclusive unless the importer, after having paid all duties owing on the imported goods, makes, within ninety days after the making of the determination, a written request in the prescribed form to a designated officer for a re-determination of that determination.

(1.01) Notwithstanding subsection (1),

(a) where a determination referred to in that subsection is made in respect of any goods, including goods of a NAFTA country, the importer of the goods may, within ninety days after the making of the determination, make a written request in the prescribed form and manner and accompanied by the prescribed information to a designated officer for a re-determination, if the importer has paid all duties owing on the goods; and

(b) where a determination referred to in that subsection is made in respect of goods of a NAFTA country, the government of that NAFTA country or, if they are of that NAFTA country, the producer, manufacturer or exporter of the goods may make a request as described in paragraph (a), whether or not the importer of the goods has paid all duties owing on the goods.

...

(1.1) Notwithstanding subsection (1),

(a) where a determination referred to in that subsection is made in respect of any goods, including goods of the United States, the importer of the goods may, within ninety days after the making of the determination, make a written request in the prescribed form and manner and accompanied by the prescribed information to a designated officer for a re-determination, if the importer has paid all duties owing on the goods; and

(b) where a determination referred to in that subsection is made in respect of goods of the United States, the United States government or the producer, manufacturer or exporter of the goods may make a request as described in paragraph (a), whether or not the importer of the goods has paid all duties owing on the goods.

## D. THE ISSUES

[10] In both his written submissions and oral argument, Mr. Kubrick, counsel for the applicant, challenged not only the refusal of the respondent to provide the information on which the assessments

c) le prix à l'exportation des marchandises de même description que des marchandises qui font l'objet de l'ordonnance ou des conclusions ou le montant de l'éventuelle subvention à l'exportation,

sauf si l'importateur, après avoir payé les droits exigibles sur ces marchandises, demande, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date de cette décision, à un appréciateur fédéral des douanes, par écrit et en la forme prescrite par le sous-ministre, de réviser sa décision.

(1.01) Par dérogation au paragraphe (1), l'importateur de marchandises visées par la décision peut, après avoir payé les droits exigibles sur celles-ci et dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date de la décision, demander à un agent désigné, par écrit et selon les modalités de forme prescrites par le sous-ministre et les autres modalités réglementaires—relatives notamment aux renseignements à fournir—, de réviser celle-ci. Dans le cas de marchandises d'un pays ALÉNA, la demande peut être faite, sans égard à ce paiement, par le gouvernement du pays ALÉNA ou, s'ils sont du pays ALÉNA, le producteur, le fabricant ou l'exportateur des marchandises.

[ . . . ]

(1.1) Par dérogation au paragraphe (1), l'importateur de marchandises visées par la décision peut, après avoir payé les droits exigibles sur celles-ci et dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date de la décision, demander à un agent désigné, par écrit et selon les modalités de forme prescrites par le sous-ministre et les autres modalités réglementaires—relatives notamment aux renseignements à fournir—, de réviser celle-ci. Dans le cas de marchandises des États-Unis, la demande peut être faite, sans égard à ce paiement, par le gouvernement des États-Unis ou le producteur, le fabricant ou l'exportateur des marchandises.

## D. LES QUESTIONS EN LITIGE

[10] Dans son mémoire et dans sa plaidoirie, l'avocat de la demanderesse, M<sup>e</sup> Kubrick, a contesté non seulement le refus du défendeur de fournir les renseignements sur lesquels les impositions reposaient, mais

were based, but also the failure of the respondent to notify the applicant that section 55 determinations had been made. Counsel for the respondent, Ms. Turley, maintained that, since the decision under review in this proceeding is the refusal of an official of the respondent contained in a letter dated December 2, 1997 to disclose the DAS and related worksheets, the Court has no jurisdiction to consider the applicant's allegation that it had not received notice of the decisions.

**ISSUE 1:** Is the subject-matter of this application for judicial review limited to the respondent's refusal to disclose the information requested by the applicant, namely the DAS and related worksheets, or does it include the failure of the respondent to notify the applicant that section 55 determinations had been made in respect of goods that it had exported to Canada?

[11] The next issue concerns the applicability of section 107 of the *Customs Act* to the information contained in the DAS.

**ISSUE 2:** Is the information sought by the applicant "information obtained by or on behalf of the Minister for the purposes of this Act or the *Customs Tariff*" [R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 41] within the meaning of paragraph 107(1)(a) of the *Customs Act* so that its disclosure is prohibited?

[12] If the second issue is resolved in favour of the respondent, the next issues are whether the information may be disclosed pursuant to section 108 of the *Customs Act*, and if so, whether the statutory discretion to disclose was lawfully exercised by Mr. St. Arnaud.

**ISSUE 3:** Was the information on the DAS that had originally emanated from the applicant "provided by" the applicant for the pur-

aussi le défaut du défendeur d'aviser la demanderesse que des décisions fondées sur l'article 55 avaient été rendues. L'avocate du défendeur, M<sup>e</sup> Turley, a soutenu que, puisque la décision à l'étude dans l'affaire qui nous occupe est le refus d'un fonctionnaire du défendeur, tel qu'il est exprimé dans la lettre en date du 2 décembre 1997, de communiquer le RDR et les feuilles de travail connexes, la Cour n'a pas compétence pour examiner la prétention de la demanderesse qu'elle n'a pas été avisée des décisions.

**QUESTION 1:** L'objet de la présente demande de contrôle judiciaire se limite-t-il au refus du défendeur de communiquer les renseignements demandés par la demanderesse, c'est-à-dire le RDR et les feuilles de travail connexes, ou s'il comprend le défaut du défendeur d'aviser la demanderesse que des décisions fondées sur l'article 55 avaient été rendues à l'égard de marchandises qu'elle avait exportées au Canada?

[11] La question suivante se rapporte à l'applicabilité de l'article 107 de la *Loi sur les douanes* aux renseignements contenus dans le RDR.

**QUESTION 2:** Les renseignements demandés par la demanderesse sont-ils des «renseignements obtenus soit par le ministre ou en son nom pour l'application de la présente loi ou du *Tarif des douanes*» [L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 41] au sens de l'alinéa 107(1)a) de la *Loi sur les douanes*, de sorte que leur communication est interdite?

[12] Si la réponse à la deuxième question est favorable au défendeur, les questions suivantes consistent à savoir si les renseignements peuvent être communiqués en vertu de l'article 108 de la *Loi sur les douanes* et, dans l'affirmative, si le pouvoir discrétionnaire de communication prévu par la loi a été exercé légalement par M. St. Arnaud.

**QUESTION 3:** Les renseignements contenus dans le RDR qui provenaient initialement de la demanderesse ont-ils été «fournis

pose of subsection 108(3)?

ISSUE 4: Was the applicant “legally entitled” to the information on the DAS for the purpose of subsection 108(1)?

ISSUE 5: If the respondent had a discretion to disclose to the applicant the information that it requested was that discretion lawfully exercised by Mr. St. Arnaud on behalf of the respondent?

[13] If the disclosure of the information is not prohibited by section 107, or may be disclosed pursuant to section 108 of the *Customs Act*, the final question is whether the duty of fairness requires the discretion conferred by section 108 to be exercised in favour of the applicant.

ISSUE 6: Did the respondent’s refusal to provide to the applicant copies of the DAS and worksheets that it requested deprive the applicant of procedural fairness by effectively preventing it from exercising its statutory right of appeal from the section 55 determination of the respondent?

## E. ANALYSIS

### Issue 1

[14] For the proposition that the Court has no jurisdiction to decide issues that were not before the decision-maker whose decision is the subject of the application for judicial review, Ms. Turley relied on the well-known case of *Tétrault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22. While this, and the other cases cited, concerned decisions by administrative tribunals of an adjudicative nature, they are in my opinion equally apposite to a decision-making context where decisions are made without a hearing by officials who cannot be

par» la demanderesse pour l’application du paragraphe 108(3)?

QUESTION 4: La demanderesse avait-elle «légalement qualité» pour obtenir les renseignements contenus dans le RDR pour l’application du paragraphe 108(1)?

QUESTION 5: Si le défendeur avait le pouvoir discrétionnaire de communiquer à la demanderesse les renseignements qu’elle demandait, ce pouvoir a-t-il été exercé légalement par M. St. Arnaud au nom du défendeur?

[13] Si la communication des renseignements n’est pas interdite par l’article 107 ou si les renseignements peuvent être communiqués en vertu de l’article 108 de la *Loi sur les douanes*, la dernière question est de savoir si l’obligation imposée par l’équité fait en sorte que le pouvoir discrétionnaire prévu à l’article 108 doit être exercé en faveur de la demanderesse.

QUESTION 6: Le refus du défendeur de fournir à la demanderesse des copies du RDR et des feuilles de travail a-t-il privé celle-ci de l’équité en matière de procédure en l’empêchant, dans les faits, d’exercer le droit que lui accorde la loi d’interjeter appel de la décision rendue par le défendeur en vertu de l’article 55?

## E. ANALYSE

### Question 1

[14] M<sup>e</sup> Turley a invoqué l’arrêt bien connu *Tétrault-Gadoury c. Canada (Commission de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, au soutien de la prétention que la Cour n’a pas compétence pour statuer sur des questions qui n’ont pas été soumises au décideur dont la décision est visée par la demande de contrôle judiciaire. Bien que cet arrêt et les autres affaires invoquées se rapportent à des décisions rendues par des tribunaux administratifs décisionnels, ils sont, à mon avis, également pertinents dans un contexte décisionnel dans lequel des décisions

said to be exercising a jurisdiction. Applications for judicial review are normally proceedings of last resort, and intervention by the courts in the working of the administration should be reserved for situations in which the impugned administrative action was clearly erroneous in law.

[15] Thus, I must be satisfied that, fairly construed, the decision contained in the letter of December 2, 1997 that the applicant seeks to review in this proceeding does not constitute a refusal by the respondent to notify the applicant of the section 55 assessments that have been made with respect to goods that it has exported to Canada. Otherwise, the question of whether the respondent is legally obliged to do so is not properly before me.

[16] Ms. Turley pointed to the penultimate paragraph of that letter to support her contention. In it Mr. St. Arnaud wrote:

. . . please be advised that the Department is not prepared to provide copies, in electronic or hard copy form, of detailed adjustment statements issued to importers of Johns Manville for polyiso product entered during the provisional period. Accordingly, and as previously advised, if your client wishes to proceed with a request for redetermination, and requires additional information to do so, they should contact the importer directly.

[17] She submitted that this is not a refusal to notify the applicant of a determination of anti-dumping duty made by the respondent. Indeed, as is clear from the letter of October 10, 1997, the applicant had been informed by the respondent that the section 55 investigations respecting the imported polyiso board had been concluded.

[18] However, Mr. Kubrick submitted on behalf of the applicant that the letter should be interpreted more broadly as a refusal to disclose, not only the DAS, but also the determinations themselves. Indeed, in the first paragraph of the letter of December 2, 1997, Mr. St. Arnaud says that he is writing in response to a letter from Mr. Kubrick stating that the applicant "has been denied access to the results of the Department's

sont prises sans la tenue d'une audience par des fonctionnaires dont on ne saurait dire qu'ils exercent une compétence. Une demande de contrôle judiciaire est normalement une mesure de dernier recours, et l'intervention des tribunaux dans le fonctionnement de l'administration devrait se borner aux situations dans lesquelles la mesure administrative contestée est manifestement erronée en droit.

[15] Par conséquent, je dois être convaincu que, selon une interprétation juste, la décision contenue dans la lettre en date du 2 décembre 1997 dont la demanderesse demande le contrôle dans le cas qui nous occupe ne constitue pas un refus par le défendeur d'aviser la demanderesse des impositions faites en vertu de l'article 55 à l'égard des marchandises qu'elle a exportées au Canada. Sinon, la question de savoir si le défendeur est tenu par la loi de le faire ne m'a pas été régulièrement soumise.

[16] M<sup>e</sup> Turley a invoqué l'avant-dernier paragraphe de cette lettre au soutien de sa prétention. Dans ce paragraphe, M. St. Arnaud a écrit:

[TRADUCTION] [. . .] sachez que le Ministère n'est pas disposé à fournir des copies, sous forme électronique ou sur support papier, des relevés détaillés de réajustement délivrés aux importateurs de Johns Manville concernant le produit de polyiso importé durant la période provisoire. Par conséquent, et comme nous vous en avons déjà avisé, si votre client désire présenter une demande de révision et a besoin d'un complément d'information à cette fin, il devrait communiquer directement avec l'importateur.

[17] Selon M<sup>e</sup> Turley, ce paragraphe n'exprime pas le refus du défendeur d'aviser la demanderesse d'une décision de dumping qu'il a rendue. De fait, ainsi que la lettre en date du 10 octobre 1997 le montre clairement, le défendeur a avisé la demanderesse que les enquêtes prévues à l'article 55 concernant les panneaux de polyiso importés étaient closes.

[18] En revanche, M<sup>e</sup> Kubrick a soutenu au nom de la demanderesse que cette lettre devrait recevoir une interprétation plus large et être considérée comme un refus de communiquer non seulement le RDR, mais aussi les décisions proprement dites. En effet, M. St. Arnaud déclare dans le premier paragraphe de la lettre en date du 2 décembre 1997 qu'il répond à une lettre dans laquelle M<sup>e</sup> Kubrick affirme que la

section 55 review of entries of polyiso insulation board imported by customers of Johns Manville during the provisional period". Mr. St. Arnaud goes on to say that he has addressed some of these issues in an "earlier letter". This letter is also said to have been dated December 2, 1997, which, since this is the date of the letter under review in this application, appears to be an error. However, in the letter under review here Mr. St. Arnaud proposed to "reiterate the Department's position on these matters as well as clarify other points raised in your letter."

[19] This letter does not expressly refuse to provide the applicant with notice of any decision that has been made, and I am accordingly not satisfied that the question of whether the respondent must always give notice is properly raised by this proceeding. However, in case I am wrong on this, and in view of the submissions of counsel on the issue, I shall deal with it in these reasons.

[20] Given the fact that the liability to pay any anti-dumping duties is on the importer, not the exporter, it is not obvious to me that the respondent is obliged by the duty of fairness to notify exporters of the results of the investigations under section 55 as a matter of course. In this case, the applicant was informed that the re-investigations had been completed, and if not promptly advised by its importers about any duties imposed, it could have made inquiries of its customers.

[21] In light of the overall scheme established by the legislation, and the manner of its operation, it cannot be inferred from the fact that, as an exporter of goods found to have been dumped in Canada, the applicant has a right to seek a re-determination of a section 55 assessment, it therefore has an automatic right to be advised by the respondent of the results of the assessments. While not always congruent, the interests of the exporter and its customers, namely the importers, are sufficiently close so that in most cases an exporter will either be advised by the importer, or can itself ask the importer what duties have been imposed on imported goods. As the person liable to pay any anti-

demanderesse [TRADUCTION] «s'est vu refuser l'accès aux résultats de l'examen effectué par le Ministère en vertu de l'article 55 relativement aux panneaux isolants de polyiso importés par des clients de Johns Manville durant la période provisoire». M. St. Arnaud ajoute qu'il a traité quelques-unes de ces questions dans une [TRADUCTION] «lettre précédente». Cette lettre serait également datée du 2 décembre 1997, ce qui semble être une erreur puisqu'il s'agit de la date de la lettre à l'étude dans la présente demande. Toutefois, dans la lettre visée par l'espèce, M. St. Arnaud propose de [TRADUCTION] «réitérer la position du Ministère sur ces questions et de préciser d'autres points soulevés dans votre lettre».

[19] Cette lettre ne constitue pas un refus exprès d'aviser la demanderesse des décisions qui ont été rendues et, partant, je ne suis pas convaincu que la question de savoir si le défendeur doit toujours donner un avis est régulièrement soulevée dans la présente espèce. Toutefois, au cas où je ferais erreur sur cette question, et vu les arguments invoqués par les avocats à cet égard, je l'examinerai dans les présents motifs.

[20] Comme c'est l'importateur, et non l'exportateur, qui est redevable des droits antidumping, il ne me paraît pas évident que l'équité oblige le défendeur à aviser automatiquement les exportateurs des résultats des enquêtes menées sous le régime de l'article 55. En l'espèce, la demanderesse a été avisée que les reprises d'enquête étaient closes, et si les importateurs de son produit ne l'ont pas informée promptement que des droits avaient été imposés, elle aurait pu se renseigner auprès d'eux.

[21] Vu le mécanisme général mis en place par la législation et son mode de fonctionnement, on ne saurait inférer du droit qu'a la demanderesse, en tant qu'exportateur de marchandises qui ont fait l'objet d'un dumping au Canada, de demander la révision d'une imposition faite en vertu de l'article 55 qu'elle a automatiquement le droit d'être informée par le défendeur des résultats des impositions. Bien qu'ils ne soient pas toujours compatibles, les intérêts de l'exportateur et de ses clients, c'est-à-dire les importateurs, sont assez proches pour que, dans la plupart des cas, l'importateur avise l'exportateur ou l'exportateur demande lui-même à l'importateur quels droits ont été

dumping duties, it is the importer that normally appeals.

[22] Counsel for the applicant argued that this was not necessarily sufficient to enable the exporter to exercise its statutory right to seek a re-determination of an assessment, because the request for such a re-determination must be made within 90 days of the assessment (SIMA, paragraph 56(1.01)(a), (b)). Unless the respondent is required automatically to notify exporters of any assessments, exporters may not learn of them until the 90-day limitation period has expired.

[23] In this case, however, the applicant was informed by the respondent that assessments had been made of the polyiso board that it had exported, although it was not advised of the results. The applicant therefore had sufficient notice to enable it to make inquiries of its customers to obtain the information that it needed to seek a re-determination.

[24] Counsel for the respondent also drew my attention to paragraph 59(1)(e) [as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 40; 1993, c. 44, s. 215] of SIMA, which confers a broad discretion on the respondent to make a re-determination under section 56 within two years of the section 55 determination period. The Court would probably characterize as unreasonable a refusal by the respondent to exercise this discretion in circumstances where, despite due diligence, an exporter was unable to discover within 90 days that a section 55 assessment had been made.

[25] Counsel for the applicant also indicated that there might be circumstances in which an exporter would not be informed by an importer of the results of a section 55 determination, and might not even know that an assessment had been made. In such circumstances it is possible that, if an exporter asked the respondent whether a determination had been made, the respondent would be obliged to give to the importer any information that it needed to exercise its

imposés sur des marchandises importées. Comme les droits antidumping sont payables par l'importateur, c'est lui qui interjette appel en temps normal.

[22] L'avocat de la demanderesse a prétendu que ce n'était pas nécessairement suffisant pour permettre à l'exportateur d'exercer le droit que lui accorde la loi de demander la révision d'une imposition, parce que cette demande doit être présentée dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date de l'imposition (paragraphe 56(1.01) de la LMSI). À moins que le défendeur ne soit automatiquement tenu d'aviser les exportateurs d'une imposition, il se peut que ceux-ci n'en apprennent pas l'existence avant l'expiration du délai de prescription de quatre-vingt-dix jours.

[23] En l'espèce, toutefois, le défendeur a informé la demanderesse que des droits avaient été imposés sur les panneaux de polyiso qu'elle avait exportés, mais il ne l'a pas avisée des résultats. La demanderesse a donc reçu un préavis suffisant pour être en mesure de demander à ses clients de lui fournir les renseignements dont elle avait besoin pour demander une révision.

[24] L'avocate du défendeur a également appelé mon attention sur l'alinéa 59(1)e) [mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 40; 1993, ch. 44, art. 215] de la LMSI, qui accorde au défendeur le pouvoir discrétionnaire étendu de réviser une décision rendue en vertu de l'article 56 dans les deux ans suivant la date de la décision rendue en vertu de l'article 55. La Cour qualifierait sans doute de déraisonnable le refus du défendeur d'exercer ce pouvoir discrétionnaire dans des circonstances où, malgré sa diligence, l'exportateur n'a pas été en mesure de découvrir dans le délai de quatre-vingt-dix jours qu'une imposition a été faite en vertu de l'article 55.

[25] L'avocat de la demanderesse a également indiqué qu'il pourrait y avoir des circonstances dans lesquelles un exportateur ne serait pas avisé par un importateur des résultats d'une décision rendue en vertu de l'article 55, et pourrait même ignorer l'existence d'une imposition. Dans un cas pareil, il se peut que, si l'exportateur a demandé au défendeur si une décision a été rendue, le défendeur doive fournir à l'importateur les renseignements dont il a besoin pour

right of appeal, provided, at least, that disclosure of the information was not prohibited by statute.

[26] In my view, therefore, the respondent was under no automatic statutory duty to advise the applicant of the result of the section 55 assessments. Moreover, the applicant did not allege that it was unable to obtain from importers information about the assessments of anti-dumping duty on polyiso board that had been made, although it did say that it could not always be absolutely certain which of its customers had been assessed. Accordingly, I do not think that the issue of whether, and in what circumstances, the respondent is legally required to provide this information is properly before me in this proceeding.

## Issue 2

[27] In his letter of December 2, 1997 Mr. St. Arnaud clearly refused to disclose to the applicant the DAS that it had requested to enable it to decide whether the respondent had erred in the calculation of the anti-dumping duties imposed on the goods that it had exported, so that the applicant could decide whether to seek a re-determination of these duties.

[28] The respondent's position was that section 107 of the *Customs Act* prohibited the disclosure of this information. Counsel relied on the following provision of the *Customs Act*:

**107.** (1) Except as authorized by section 108, no official or authorized person shall

(a) knowingly communicate or knowingly allow to be communicated to any person any information obtained by or on behalf of the Minister for the purposes of this Act or the *Customs Tariff* or by an authorized person for the purpose of carrying out an agreement made under subsection 147.1(3); [Underlining added.]

Section 160 [as am. by S.C. 1993, c. 25, s. 88; c. 44, s. 107] of the *Customs Act* makes it an offence for a person to communicate or allow to be communicated information contrary to subsection 107(1).

exercer son droit d'appel, à condition, du moins, que la communication des renseignements ne soit pas interdite par la loi.

[26] À mon avis, donc, le défendeur n'était pas automatiquement tenu par la loi d'informer la demanderesse du résultat des impositions faites en vertu de l'article 55. Par ailleurs, la demanderesse n'a pas prétendu qu'elle était incapable d'obtenir des importateurs des renseignements sur les droits antidumping imposés sur les panneaux de polyiso, encore qu'elle ait affirmé qu'elle ne pouvait pas toujours être absolument certaine de l'identité des clients visés par une imposition. Par conséquent, je ne pense pas que la question de savoir si la loi oblige le défendeur à fournir ces renseignements, et dans quelles circonstances, m'a été régulièrement soumise dans l'affaire qui nous occupe.

## Question 2

[27] Dans sa lettre en date du 2 décembre 1997, M. St. Arnaud refuse clairement de communiquer à la demanderesse le RDR dont elle avait besoin pour décider si une erreur avait été commise dans le calcul des droits antidumping imposés sur les marchandises qu'elle avait exportées, et ainsi décider s'il convenait de demander la révision de ces droits.

[28] La thèse du défendeur est que l'article 107 de la *Loi sur les douanes* interdit la communication de ces renseignements. L'avocate du défendeur a invoqué la disposition suivante de la *Loi sur les douanes*:

**107.** (1) Sauf dans les cas prévus à l'article 108, il est interdit aux fonctionnaires et aux personnes autorisées:

a) de communiquer ou laisser communiquer sciemment à quiconque des renseignements obtenus soit par le ministre ou en son nom pour l'application de la présente loi ou du *Tarif des douanes*, soit par une personne autorisée en vue de la mise en œuvre d'un accord conclu en vertu du paragraphe 147.1(3); [Soulignement ajouté.]

Aux termes de l'article 160 [mod. par L.C. 1993, ch. 25, art. 88; ch. 44, art. 107] de la *Loi sur les douanes*, commet une infraction toute personne qui communique ou laisse communiquer des renseignements en contravention du paragraphe 107(1).

[29] The applicant made two arguments as to why the DAS were not “information obtained by or on behalf of the Minister for the purpose of this Act or the *Customs Tariff*”. First, he said, the DAS were not “obtained by the Minister”; rather, they were documents that had been generated by officials of the respondent.

[30] However, I agree with the submission of Ms. Turley that it is sufficient for the purpose of this section if the documents created by the respondent contain information that was obtained from either an importer or some other source. The following statement by Décary J.A. in *Diversified Holdings Ltd. v. Canada*, [1991] 1 F.C. 595 (C.A.), at pages 598-599 in respect of the identically worded subsection 241(1) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 68, s. 117] of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended, seems determinative of this issue:

... in order to be “obtained” within the meaning of subsection 241(1), a document must be either a document in the possession of someone else than the Minister or his officers, or a document prepared by the Minister or his officers but on the basis of information given to them that has remained confidential. [Emphasis added.]

The underlined words would seem to be precisely applicable to the facts of this case.

[31] The applicant’s second point was that the information contained in the DAS was obtained for the purpose of assessing anti-dumping duties under the SIMA, not the *Customs Act* or *Customs Tariff* as required by paragraph 107(1)(a) of the *Customs Act*. While information on the DAS is typically taken from customs forms completed when goods are brought across the border, this fact alone cannot affect the purpose for which the information was obtained by the respondent.

[32] In response, Ms. Turley said that the information was originally obtained by the respondent from the importers in the discharge of their statutory duty under subsection 32(1) [as am. by S.C. 1995, c. 41, s. 8] of the *Customs Act* to account for goods that they were bringing into Canada. The fact that this informa-

[29] L’avocat de la demanderesse a invoqué deux moyens au soutien de l’affirmation que le RDR n’était pas des «renseignements obtenus soit par le ministre ou en son nom pour l’application de la présente loi ou du *Tarif des douanes*». Premièrement, le RDR n’aurait pas été «obtenu [. . .] par le ministre»; il s’agirait plutôt de documents établis par des fonctionnaires du défendeur.

[30] Cependant, je souscris à l’affirmation de M<sup>e</sup> Turley selon laquelle il est suffisant, pour l’application de cette disposition, que les documents établis par le défendeur contiennent des renseignements fournis par un importateur ou provenant d’une autre source. Les remarques suivantes faites par le juge Décary dans l’arrêt *Diversified Holdings Ltd. c. Canada*, [1991] 1 C.F. 595 (C.A.), aux pages 598 et 599, sur le paragraphe 241(1) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 68, art. 117] de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, modifiée, semblent trancher cette question:

[. . .] ne peut être «obtenu» au sens du paragraphe 241(1) qu’un document qui est en la possession de quelqu’un d’autre que le ministre ou que ses collaborateurs, ou un document établi par le ministre ou ses collaborateurs à partir de renseignements confidentiels dont ils ont eu communication. [Non souligné dans l’original.]

Les mots soulignés sembleraient s’appliquer précisément aux faits de l’espèce.

[31] Le deuxième argument invoqué par l’avocat de la demanderesse est que les renseignements contenus dans le RDR ont été obtenus dans le but d’imposer des droits antidumping en vertu de la LMSI, et non en vertu de la *Loi sur les douanes* ou du *Tarif des douanes* ainsi que le prévoit l’alinéa 107(1)a) de la *Loi sur les douanes*. Bien que les renseignements contenus dans le RDR proviennent habituellement des formulaires de douane qui sont remplis lorsque des marchandises passent la frontière, ce fait pris isolément ne saurait modifier le but dans lequel le défendeur a obtenu ces renseignements.

[32] En réponse à cet argument, M<sup>e</sup> Turley a déclaré que les importateurs avaient fourni ces renseignements au défendeur dans l’accomplissement de l’obligation que leur impose le paragraphe 32(1) [mod. par L.C. 1995, ch. 41, art. 8] de la *Loi sur les douanes* de faire une déclaration en détail des marchandises qu’ils

tion was subsequently copied onto other forms for the purposes of the SIMA did not change the original purpose for which it was obtained by the respondent. Hence, it fell within the prohibition on disclosure imposed by paragraph 107(1)(a).

[33] In my opinion, the respondent is right in this contention. The purposes of paragraph 107(1)(a) are to facilitate the administration of the *Customs Act* by encouraging importers to provide information voluntarily by an assurance that it will not be disclosed to other individuals, and to ensure fairness to individuals who are legally obliged to provide confidential information to the Government. It would undermine these purposes if the information were deprived of confidentiality as a result of being copied onto a form used for the purposes of an Act other than the *Customs Act*.

[34] Mr. Kubrick also pointed out that, since most of the information provided by importers and copied onto the DAS originated from the applicant as the exporter of the goods, there seemed little point in protecting it from disclosure to the applicant.

[35] However, even information provided by the person requesting its disclosure is protected by paragraph 107(1)(a). This is made clear by the fact that such information falls within one of the categories of information that may be disclosed in the discretion of an officer of the respondent. If it was not included in paragraph 107(1)(a) there would have been no need to permit officials to disclose it in the exercise of their discretion under subsection 108(3).

#### 108 . . .

(3) An officer may show any book, record, writing or other document obtained for the purposes of this Act or the Customs Tariff, or permit a copy thereof to be given, to the person by or on behalf of whom the book, record, writing or other document was provided, or to any person authorized to transact business under this Act or the Customs Tariff as that person's agent, at the request of any such person and on receipt of such fee, if any, as is prescribed. [Underlining added.]

introduisent au Canada. Le fait que ces renseignements ont par la suite été copiés sur d'autres formulaires pour l'application de la LMSI n'a pas modifié le but premier dans lequel ils ont été fournis au défendeur. Par conséquent, ces renseignements étaient visés par l'interdiction de communication prévue à l'alinéa 107(1)a).

[33] À mon avis, l'argument du défendeur est fondé. L'alinéa 107(1)a vise à faciliter l'application de la *Loi sur les douanes* en encourageant les importateurs à fournir des renseignements sur une base volontaire, forts de l'assurance que ces renseignements ne seront pas communiqués à un tiers, et vise à garantir l'équité aux personnes qui sont légalement tenues de fournir des renseignements confidentiels au gouvernement. Ces objectifs seraient sapés si ces renseignements cessaient d'être confidentiels du fait de leur transcription sur un formulaire utilisé pour l'application d'une loi autre que la *Loi sur les douanes*.

[34] M<sup>e</sup> Kubrick a également fait remarquer que, puisque la plupart des renseignements fournis par les importateurs et copiés sur le RDR provenaient de la demanderesse en tant qu'exportateur des marchandises, il ne semblait pas très utile d'en interdire la communication à la demanderesse.

[35] Toutefois, même des renseignements fournis par la personne qui demande leur communication sont protégés par l'alinéa 107(1)a. C'est ce que révèle clairement le fait que de tels renseignements appartiennent à l'une des catégories de renseignements qui peuvent être communiqués à la discrétion d'un fonctionnaire du défendeur. Si ces renseignements n'étaient pas visés par l'alinéa 107(1)a, il n'aurait pas été nécessaire d'autoriser des fonctionnaires à les communiquer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que leur confère le paragraphe 108(3).

#### 108. [ . . . ]

(3) L'agent peut présenter tout livre, dossier, écrit ou autre document obtenu pour l'application de la présente loi ou du Tarif des douanes, ou permettre d'en donner copie, soit à la personne par qui ou au nom de qui le document a été fourni, soit au mandataire autorisé par elle à accomplir les opérations visées par ces lois, à condition que l'intéressé en fasse la demande et acquitte les frais éventuellement fixés par règlement. [Soulignement ajouté.]

### Issue 3

[36] The question here is the scope of subsection 108(3). In particular, it is whether the applicant “provided” the information to the respondent that it is requesting be disclosed to it, so that it is entitled to require an officer of the respondent to consider whether to disclose it to the applicant in the exercise of the discretion conferred by the subsection.

[37] Mr. Kubrick argued that the verb “provided” should include not only the person who gave the information to the respondent, but also the person from whom that person obtained the information. In other words, the information on the DAS was “provided” both by the importer and the applicant as the exporter of the polyiso board to which the DAS related. Ms. Turley, on the other hand, maintained that the verb “provided” should be construed narrowly so as to apply only to the importer who was under a statutory duty to provide the information to the respondent.

[38] There seems much to be said in favour of the applicant’s position: what public purpose can be served by always treating information as confidential *vis-à-vis* the person who was the original source of that information? To this Ms. Turley responded that it would unduly complicate the administration of the statutory scheme if the respondent had to make inquiries as to the source of information that undoubtedly was “provided” to it by the importer. It might not always be clear which information provided by the importer had originated from the exporter. Any diminution of the level of confidentiality guaranteed by section 107 in favour of importers as those liable to pay anti-dumping duties could only increase their reluctance to be forthcoming with the information needed by the respondent in order to discharge efficiently its statutory duties.

[39] Despite the arguments advanced by Ms. Turley, I can see no good reason to limit the identity of the person who “provided” information to the respondent to the person from whom the respondent immediately obtained the information. The rationale permitting disclosure of the information to the immediate pro-

### Question 3

[36] Cette question concerne l’étendue du paragraphe 108(3). Elle consiste plus particulièrement à savoir si la demanderesse a «fourni» au défendeur les renseignements dont elle demande la communication, de sorte qu’elle a le droit d’exiger d’un fonctionnaire du défendeur qu’il examine l’opportunité de les lui communiquer dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par cette disposition.

[37] M<sup>c</sup> Kubrick a prétendu que le verbe «fournir» devrait s’appliquer non seulement à la personne qui a fourni les renseignements au défendeur, mais aussi à tiers qui a fourni les renseignements à cette personne. En d’autres termes, les renseignements contenus dans le RDR ont été «fournis» à la fois par l’importateur et par la demanderesse en tant qu’exportateur des panneaux de polyiso visés par le RDR. Pour sa part, M<sup>c</sup> Turley a soutenu que le verbe «fournir» devrait recevoir une interprétation étroite et ne devrait s’appliquer qu’à l’importateur qui était tenu par la loi de fournir les renseignements au défendeur.

[38] Le point de vue de la demanderesse semble plus convaincant: à quelle fin d’intérêt public le refus invariable de communiquer des renseignements à la personne qui les a initialement fournis permet-il d’arriver? M<sup>c</sup> Turley a répondu à cette question qu’obliger le défendeur à se renseigner sur la source de renseignements qui lui ont indubitablement été «fournis» par l’importateur compliquerait indûment la mise en application du système législatif. On pourrait ne pas toujours très bien savoir quels renseignements fournis par l’importateur émanaient de l’exportateur. Une diminution du degré de confidentialité garanti par l’article 107 aux importateurs en tant que personnes redevables des droits antidumping ne pourrait qu’accroître leur hésitation à fournir de bon gré les renseignements dont le défendeur a besoin pour s’acquitter efficacement de ses obligations d’origine législative.

[39] Malgré les arguments invoqués par M<sup>c</sup> Turley, il n’existe, selon moi, aucun motif valable de restreindre l’identité de la personne qui a «fourni» les renseignements au défendeur à la personne qui les lui a directement fournis. La justification qui permet de communiquer des renseignements à la personne qui a directe-

vider of the information extends also to the person who supplied it to that person. This conclusion incidentally reinforces the view that paragraph 107(1)(a) includes information that originated with the person who has requested its disclosure.

[40] Since the respondent has taken the view that subsection 108(3) does not oblige it to consider disclosing to the applicant the information on the DAS, then there has been no exercise of discretion at all with respect to it. The consequences of this I shall address later.

#### Issue 4

[41] The parties both made submissions with respect to the interpretation of another exception to section 107 of the *Customs Act* contained in section 108.

**108.** (1) An officer may communicate or allow to be communicated information obtained under this Act or the *Customs Tariff*, or allow inspection of or access to any book, record, writing or other document obtained by or on behalf of the Minister for the purposes of this Act or the *Customs Tariff*, to or by

. . .

(c) any person otherwise legally entitled thereto [Underlining added.]

[42] Mr. Kubrick argued that the applicant was “legally entitled” to the information on the DAS by virtue of the duty of procedural fairness which requires the respondent to give to the applicant the information that it needs to enable it to exercise its statutory rights of re-determination and review of the section 55 assessment.

[43] Ms. Turley, on the other hand, pointed out that the words “any person otherwise legally entitled thereto” also appear in the *Income Tax Act*, and have been given a narrow interpretation by the courts. Therefore, she argued, it was reasonable to presume that Parliament intended them to have the same meaning in the *Customs Act* that has been ascribed to them by the courts for the purposes of the *Income Tax Act*, where there is a similar concern about maintain-

ment fournis ces renseignements au défendeur s’applique également au tiers qui a fourni ces mêmes renseignements à cette personne. Cette conclusion vient d’ailleurs renforcer le point de vue selon lequel l’alinéa 107(1)a) s’applique à des renseignements provenant de la personne qui a demandé leur communication.

[40] Comme le défendeur a adopté le point de vue que le paragraphe 108(3) ne l’obligeait pas à examiner la question de la communication à la demanderesse des renseignements contenus dans le RDR, aucun pouvoir discrétionnaire n’a été exercé à cet égard. J’examinerai les conséquences de cette conclusion plus loin dans les présents motifs.

#### Question 4

[41] Les parties ont invoqué des moyens sur l’interprétation d’une autre exception à l’article 107 de la *Loi sur les douanes* qui est prévue à l’article 108.

**108.** (1) L’agent peut communiquer ou laisser communiquer des renseignements obtenus en vertu de la présente loi ou du *Tarif des douanes* aux personnes suivantes, ou laisser celles-ci examiner les livres, dossiers, écrits ou autres documents obtenus par le ministre ou en son nom pour l’application de ces lois, ou y avoir accès:

[. . .]

c) les personnes ayant, d’une façon générale, légalement qualité à cet égard. [Soulignements ajoutés.]

[42] M<sup>e</sup> Kubrick a soutenu que la demanderesse avait «légalement qualité» à l’égard des renseignements contenus dans le RDR en raison de l’obligation que l’équité impose au défendeur, à savoir communiquer à la demanderesse les renseignements dont elle a besoin pour être en mesure d’exercer les droits d’origine législative de révision et de réexamen de l’imposition faite en vertu de l’article 55.

[43] Pour sa part, M<sup>e</sup> Turley a rappelé que les mots «les personnes ayant, d’une façon générale, légalement qualité à cet égard» sont également employés dans la *Loi de l’impôt sur le revenu* et ont été interprétés de manière restrictive par les tribunaux. Par conséquent, on pouvait, selon elle, valablement présumer que le législateur entendait que ces mots, tels qu’ils sont employés dans la *Loi sur les douanes*, aient le même sens que celui que les tribunaux leur ont attribué pour

ing the confidentiality of information that individuals are statutorily obliged to provide to the government.

[44] The leading case on the interpretation of the words “legally entitled” in the *Income Tax Act* is *Glover v. Glover et al.* (1980), 29 O.R. (2d) 392 (C.A.); affd by *sub nom. Glover v. Minister of National Revenue*, [1981] 2 S.C.R. 561. In this case, it was held that neither a wife who had been granted custody of her children, nor a judge of the Supreme Court of Ontario, was “legally entitled” to information in the possession of Revenue Canada that would have enabled them to locate a husband who had absconded with the parties’ children in contravention of a custody order.

[45] The Ontario Court of Appeal stated in *Glover* that, when considered in the context of the other provisions of the *Income Tax Act*, the “legally entitled” exception should be construed narrowly as referring only to the provisions in certain statutes, such as the *Statistics Act* [S.C. 1970-71-72, c. 15] and the *Canada Pension Plan* [R.S.C. 1970, c. C-5], that authorize government departments to obtain the information needed for the administration of the statutory schemes for which they are responsible.

[46] However, it should also be noted that the basis of the claim for disclosure made in *Glover* was different from that made by the applicant in this case. Moreover, the *Income Tax Act* also included a provision specifically prohibiting Revenue Canada from disclosing for the purpose of civil litigation information provided to it by taxpayers.

[47] Nonetheless, I conclude that the exception in paragraph 108(1)(c) of the *Customs Act* should be narrowly construed, as it was in *Glover* by virtue of the similarities between the wording of the exceptions to the prohibition against disclosure in the *Income Tax Act* and the *Customs Act*, and the importance of the principle that government must keep confidential information in its possession that it could legally have required the individual to provide.

l’application de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, qui vise également à protéger la confidentialité des renseignements que des personnes sont légalement tenues de fournir au gouvernement.

[44] L’arrêt de principe sur l’interprétation des mots «ayant légalement qualité» employés dans la *Loi de l’impôt sur le revenu* est *Glover v. Glover et al.* (1980), 29 O.R. (2d) 392 (C.A.); conf. par *sub nom. Glover c. Ministre du Revenu national*, [1981] 2 R.C.S. 561. Dans cette affaire, il a été statué que ni une femme qui a reçu la garde de ses enfants ni un juge de la Cour suprême de l’Ontario n’avaient «légalement qualité» pour obtenir des renseignements en la possession de Revenu Canada qui leur auraient permis de trouver un père qui avait enlevé ses enfants en violation d’une ordonnance de garde.

[45] Dans l’arrêt *Glover*, la Cour d’appel de l’Ontario a déclaré que, envisagée dans le contexte des autres dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, l’expression «ayant légalement qualité» devrait recevoir une interprétation restrictive et ne se rapporter qu’aux dispositions de certaines lois, comme la *Loi sur la statistique* [S.C. 1970-71-72, ch. 15] et le *Régime de pensions du Canada* [S.R.C. 1970, ch. C-5], qui autorisent des ministères à obtenir les renseignements dont ils ont besoin pour appliquer les textes de loi dont ils sont responsables.

[46] Toutefois, il convient également de faire remarquer que la demande de communication dans l’affaire *Glover* était différente de celle que la demanderesse a faite en l’espèce. De plus, la *Loi de l’impôt sur le revenu* contenait aussi une disposition qui interdisait expressément à Revenu Canada de communiquer, en vue de l’introduction d’une poursuite au civil, des renseignements fournis par des contribuables.

[47] Malgré tout, je conclus que l’exception prévue à l’alinéa 108(1)c) de la *Loi sur les douanes* devrait recevoir une interprétation restrictive, comme dans l’affaire *Glover*, en raison des similitudes entre le libellé des exceptions à l’interdiction de communication qui sont prévues dans la *Loi de l’impôt sur le revenu* et dans la *Loi sur les douanes*, et de l’importance du principe voulant que le gouvernement protège la confidentialité des renseignements en sa possession

[48] Accordingly, any right that the applicant may have under the duty of fairness to obtain the DAS and related worksheets from the respondent does not make the applicant “legally entitled” to the information for the purpose of paragraph 108(1)(c). This phrase should be limited in the same manner as the analogous provision in the *Income Tax Act*, so that it applies only to the statutory powers conferred by those federal statutes that authorize particular departments or officials to obtain information for administrative purposes.

#### Issue 5

[49] Did the respondent exercise in accordance with law any discretion conferred by section 108 to disclose information requested by the applicant?

[50] I have held that the discretion conferred on an officer by subsection 108(3) to disclose information to the person who provided it is broad enough to include an exporter, such as the applicant, who is the original source of information provided to the respondent by the importers, albeit on a different form. I have inferred from Ms. Turley’s contention that subsection 108(3) only applied to the importer that the respondent and his officials have taken the view that they had no discretion to disclose the information on the DAS to the applicant.

[51] A public official unlawfully fails to exercise a discretion if, as a result of a misconstruction of the scope of the discretion conferred by Parliament, she or he concludes that no discretion is exercisable in a given situation. This is what has happened here. Subject to the question of fairness considered below, the appropriate remedy in these circumstances is an order to require the consideration according to law of the exercise of the statutory discretion, and not an order by the Court that usurps the discretion conferred by Parliament on the respondent, or a delegate, not on the Court.

qu’il aurait légalement pu obliger une personne à fournir.

[48] Par conséquent, le droit que la demanderesse peut avoir, en raison de l’obligation imposée par l’équité, d’obtenir le RDR et les feuilles de travail connexes que le défendeur a en sa possession ne fait pas en sorte que la demanderesse a «légalement qualité» à cet égard pour l’application de l’alinéa 108(1)c). Cette expression devrait être limitée de la même façon que la disposition analogue de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, et ne s’appliquer qu’aux pouvoirs conférés par les lois fédérales qui autorisent des ministères ou des fonctionnaires précis à obtenir des renseignements à des fins administratives.

#### Question 5

[49] Le défendeur a-t-il exercé en conformité avec la loi le pouvoir discrétionnaire prévu à l’article 108 de communiquer les renseignements demandés par la demanderesse?

[50] J’ai statué que le pouvoir discrétionnaire que le paragraphe 108(3) confère à un fonctionnaire de communiquer des renseignements à la personne qui les a fournis est suffisamment vaste pour viser un exportateur, comme la demanderesse, qui est la source primaire des renseignements fournis au défendeur par les importateurs, quoique sous une forme différente. J’ai déduit de l’argument de M<sup>e</sup> Turley selon lequel le paragraphe 108(3) s’appliquait uniquement à l’importateur que le défendeur et ses fonctionnaires ont adopté le point de vue qu’ils n’avaient pas le pouvoir discrétionnaire de communiquer les renseignements contenus dans le RDR à la demanderesse.

[51] Un fonctionnaire s’abstient illégalement d’exercer un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi s’il conclut, en raison d’une interprétation erronée de l’étendue de ce pouvoir, qu’aucun pouvoir discrétionnaire ne peut être exercé dans une situation donnée. C’est ce qui s’est produit en l’espèce. Sous réserve de la question d’équité que j’examinerai plus loin, la réparation appropriée dans les circonstances est le prononcé d’une ordonnance enjoignant de prendre en considération, en conformité avec la loi, l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’origine législative, et non le prononcé d’une ordonnance judiciaire qui usurpe le

[52] The applicant also raised a question as to whether Mr. St. Arnaud was an appropriate person to be making discretionary decisions under section 108 of the *Customs Act*. Neither he, nor the position that he occupied, is included in the list of those to whom the Minister has delegated the power to form an opinion whether information should be disclosed under section 108.

[53] Counsel for the respondent did not strongly contest this submission, and in my view the applicant is clearly correct. Therefore, any consideration of the exercise of discretion under section 108 undertaken as a result of these reasons should be by an officer to whom the exercise of the discretion has been delegated by the Minister.

#### Issue 6

[54] Does the duty of fairness require the respondent to disclose to the applicant the DAS and related worksheets?

[55] When Parliament confers a discretion on a public official it is normally presumed that the official is not thereby empowered to exercise the discretion in breach of the duty of fairness. If this presumption applies in this case, then it may in effect require the respondent to disclose so much of the information on the DAS that the applicant originally provided to the importer, and is thus not subject to the statutory prohibition on disclosure imposed by section 107 of the *Customs Act*.

[56] The exporter is less directly affected by the imposition of anti-dumping duties than the importer who is liable to pay them. Moreover, the exporter will normally have access to the information, either from its own records or from the importer. Accordingly, the respondent is not required to exercise the discretion to disclose the information unless the applicant is able to establish that it cannot obtain the information in any

pouvoir discrétionnaire que le législateur a conféré non pas à la Cour, mais au défendeur ou à un délégué.

[52] La demanderesse a également soulevé la question de savoir si M. St. Arnaud était la personne compétente pour rendre des décisions discrétionnaires en vertu de l'article 108 de la *Loi sur les douanes*. Ni M. St. Arnaud ni le poste qu'il occupait n'apparaissent sur la liste des personnes auxquelles le ministre a délégué le pouvoir d'exprimer un avis sur la communication de renseignements en vertu de l'article 108.

[53] L'avocate du défendeur n'a pas contesté vigoureusement cet argument et, à mon avis, la demanderesse a tout à fait raison. Par conséquent, la prise en considération de l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 108 qui sera effectuée en conséquence des présents motifs devrait être confiée à un fonctionnaire auquel le pouvoir discrétionnaire a été délégué par le ministre.

#### Question 6

[54] L'obligation imposée par l'équité fait-elle en sorte que le défendeur doit communiquer le RDR et les feuilles de travail connexes à la demanderesse?

[55] Lorsque le législateur confère un pouvoir discrétionnaire à un fonctionnaire, on présume normalement que ce fonctionnaire n'est pas de ce fait habilité à exercer ce pouvoir discrétionnaire en violation de l'obligation imposée par l'équité. Si cette présomption s'applique dans le cas qui nous occupe, elle peut alors, dans les faits, exiger du défendeur qu'il communique la plupart des renseignements contenus dans le RDR que la demanderesse a initialement fournis à l'importateur, de sorte que ces renseignements ne sont pas visés par l'interdiction prévue à l'article 107 de la *Loi sur les douanes*.

[56] L'exportateur est touché moins directement par l'imposition de droits antidumping que l'importateur, qui est redevable de ces droits. De plus, l'exportateur aura normalement accès aux renseignements soit en consultant ses propres dossiers, soit en s'adressant à l'importateur. Par conséquent, le défendeur n'est pas tenu d'exercer le pouvoir discrétionnaire de communiquer les renseignements à moins que la demanderesse

other way, and that it would thereby be deprived of a reasonable opportunity to exercise its statutory rights of review and appeal.

[57] Since the applicant has not alleged that the failure of the respondent to disclose the information in question has prejudiced it in this case, I conclude that the duty of fairness did not require that the information in question be disclosed by the respondent.

## F. CONCLUSIONS

[58] For these reasons, the application for judicial review is granted to the extent indicated, and the respondent is ordered to consider the exercise of his discretion under subsection 108(3) of the *Customs Act*, which he may, of course, do through an official other than Mr. St. Arnaud, to whom the power to make those discretionary decisions has been lawfully subdelegated.

[59] Ms. Turley submitted that the costs of this application be awarded against the applicant on the ground that in a letter of January 6, 1999 she invited the applicant to discontinue the application for judicial review in return for the respondent's remitting the matter to an officer who was authorized to exercise the statutory discretion under section 108 on behalf of the respondent. The applicant declined this offer to settle.

[60] Costs on applications for judicial review are now within the full discretion of the Court: *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, subsection 400(1). One of the factors to be considered is that an offer has been made in writing: paragraph 400(3)(e). The fact that the relief granted by the Court is no more favourable to the applicant than that offered by the respondent in an attempt to settle the proceeding may thus justify an award of costs to the respondent, even though the application is granted.

[61] However, in the circumstances of this case I have decided that it would not be appropriate to award the respondent his costs. The applicant has raised

ne soit en mesure de prouver qu'elle est incapable d'obtenir ces renseignements par d'autres moyens, et qu'elle serait de ce fait privée de la possibilité d'exercer les droits de révision et d'appel prévus par la loi.

[57] Comme la demanderesse n'a pas prétendu que le défaut du défendeur de communiquer les renseignements en question lui avait causé un dommage dans la présente espèce, je conclus que l'obligation imposée par l'équité n'exigeait pas du défendeur qu'il communique les renseignements en question.

## F. CONCLUSIONS

[58] Pour les motifs qui précèdent, je fais droit à la demande de contrôle judiciaire dans la mesure indiquée, et j'ordonne au défendeur de prendre en considération l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 108(3) de la *Loi sur les douanes*, ce qu'il peut évidemment faire par l'entremise d'un fonctionnaire autre que M. St. Arnaud, à qui le pouvoir de rendre des décisions discrétionnaires semblables a été légalement délégué.

[59] M<sup>e</sup> Turley a demandé que la demanderesse soit condamnée aux dépens de la présente demande de contrôle judiciaire au motif que, dans une lettre en date du 6 janvier 1999, elle a invité la demanderesse à abandonner la demande en contrepartie du renvoi par le défendeur de l'affaire à un fonctionnaire autorisé à exercer le pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 108 au nom du défendeur. La demanderesse a rejeté cette offre de règlement.

[60] La Cour a entière discrétion pour attribuer les dépens d'une demande de contrôle judiciaire: paragraphe 400(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106. L'un des facteurs à prendre en considération est l'existence d'une offre écrite de règlement: alinéa 400(3)e). Le fait que la réparation accordée par la Cour n'est pas plus favorable à la demanderesse que celle offerte par le défendeur pour tenter de régler le litige peut donc justifier l'attribution des dépens au défendeur, même si la demande est accueillie.

[61] Toutefois, dans les circonstances de l'espèce, j'ai décidé qu'il ne serait pas opportun d'adjuger les dépens au défendeur. La demanderesse a soulevé des

important questions of law about the administration of this statutory scheme. In addition, I have found in favour of the applicant, not only because legal authority to exercise the discretion conferred by section 108 had not been delegated to Mr. St. Arnaud, but also because I agreed with the applicant's submission on the issue of who "provided" information to the respondent for the purpose of subsection 108(3) of the *Customs Act*.

[62] Accordingly, I grant a declaratory order that information is "provided" to the respondent for the purpose of subsection 108(3) of the *Customs Act*, not only by the person who delivers it to the respondent, but also by the manufacturer or exporter from whom it originally emanated.

questions de droit importantes au sujet de la mise en œuvre de ce système législatif. De plus, j'ai fait droit à la demande de la demanderesse non seulement parce que le pouvoir légal d'exercer le pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 108 n'avait pas été délégué à M. St. Arnaud, mais aussi parce que j'ai accepté la prétention de la demanderesse sur la question de la personne qui a «fourni» des renseignements au défendeur pour l'application du paragraphe 108(3) de la *Loi sur les douanes*.

[62] Par conséquent, je rends une ordonnance déclaratoire portant que des renseignements sont «fournis» au défendeur pour l'application du paragraphe 108(3) de la *Loi sur les douanes* non seulement par la personne qui les fournit au défendeur, mais aussi par le fabricant ou l'exportateur qui est la source primaire de ces renseignements.

A-861-96

**The T. Eaton Company Limited (Formerly T. Eaton Holdings Limited) (Appellant)**

v.

**Her Majesty the Queen (Respondent)**

**INDEXED AS: T. EATON CO. v. CANADA (C.A.)**

Court of Appeal, Strayer, Linden and Robertson JJ.A.  
—Toronto, March 2; Ottawa, April 9, 1999.

*Income tax — Income calculation — Income or capital gain — \$9.25 million buy-out of taxpayer's long-term lease participation clause in shopping centre's annual net profits — Capital gain for taxpayer — Facts clause integral component of capital asset and cancellation of clause impacted significantly on value of leasehold estate overriding considerations, displacing general rule that compensation serving as substitute for surrender of future profits is on revenue account.*

In 1955, the taxpayer entered into a long-term lease for retail space in the Oshawa Shopping Centre, with a participation clause entitling it to 20% of the shopping centre's annual net profits over the duration of the lease term and any renewal period. A few years after the taxpayer started receiving participation income, it accepted the landlord's offer to buy-out the participation clause for \$9.25 million. The issue was whether this payment was income from a business or a capital gain. This was an appeal from the decision of the Tax Court Judge that the entire amount constituted income from a business.

*Held*, the appeal should be allowed.

The proceeds arising from the cancellation of the participation clause are a capital receipt. The fact that the clause is an integral component of what is clearly a capital asset, and that cancellation of that clause impacts significantly on the value of a leasehold estate in land are overriding considerations. Specifically, they displace the general rule that compensation which serves as a substitute for the surrender of profits is on revenue account.

The cancellation of the participation clause constituted, for the purposes of the *Income Tax Act*, a "disposition" of

A-861-96

**La Compagnie T. Eaton Limitée (anciennement T. Eaton Holdings Limited) (appelante)**

c.

**Sa Majesté la Reine (intimée)**

**RÉPERTORIÉ: CIE T. EATON c. CANADA (C.A.)**

Cour d'appel, juges Strayer, Linden et Robertson,  
J.C.A.—Toronto, 2 mars; Ottawa, 9 avril 1999.

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Revenu ou gain en capital — Rachat au montant de 9,25 millions de dollars de la clause de participation figurant dans un bail à long terme en faveur de la contribuable à l'égard des profits nets annuels d'un centre commercial — Gain en capital pour la contribuable — Le fait que la clause était une partie intégrante d'un bien immobilisé et le fait que l'annulation de cette clause a influé de façon importante sur la valeur d'une propriété à bail sont des considérations primordiales et supplantent la règle générale selon laquelle l'indemnité servant à remplacer l'abandon de profits est imputable au revenu.*

En 1955, la contribuable a conclu un bail à long terme pour la location de locaux pour commerce de détail dans le centre commercial d'Oshawa, dans lequel bail figurait une «clause de participation» lui permettant de toucher 20 % des profits nets annuels du centre commercial pour la durée du bail et toute période de renouvellement. Quelques années après que la contribuable eut commencé à percevoir un revenu en vertu de la clause de participation, elle a accepté l'offre du locateur de racheter la clause de participation pour la somme de 9,25 millions de dollars. La question était de savoir si ce paiement constituait un revenu tiré d'une entreprise ou un gain en capital. Il s'agissait d'un appel formé contre la décision par laquelle le juge de la Cour de l'impôt a statué que le montant total constituait un revenu tiré d'une entreprise.

*Arrêt*: l'appel est accueilli.

Le produit résultant de l'annulation de la clause de participation constitue une rentrée de capital. Le fait que la clause est une partie intégrante de ce qui est clairement un bien immobilisé et le fait que l'annulation de cette clause influe de façon importante sur la valeur d'une propriété à bail sont des considérations primordiales. Tout particulièrement, ces faits supplantent la règle générale selon laquelle l'indemnité servant à remplacer l'abandon de profits est imputable au revenu.

L'annulation de la clause de participation constituait, aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une «disposition» de

property qualifying for capital gains treatment. The legislation being silent on the question, characterization of a gain or loss as being on capital or income account is determined by reference to common law principles or rules. None of the cases relied on by the Tax Court Judge or the Minister was authority for the argument that the payment in question could not be claimed as a capital gain. Although the participation clause had the effect of inducing the taxpayer to enter into the long-term lease, tenant inducement payments have no application to cases involving the cancellation of a contractual right. Nor was the participation clause similar to an ordinary trade contract. While there is a common law principle to the effect that covenants or obligations in a lease are "independent" of one another, this does not change the fact that the participation clause was an integral aspect of the lease.

The participation clause was not only an integral component of the lease, but it also profoundly affected the value of a capital asset, namely, a leasehold estate in land. An asset's profitability is an element to be considered in assessing its capital value. In this regard, the participation clause is intimately linked to a capital asset and its value. A leasehold interest in land also represents a capital asset, the value of which depends on both the terms of the lease and market conditions. In this case, the buy-out of the participation clause had the obvious effect of diminishing the value of the taxpayer's capital asset by \$9.25 million. The cancellation of the participation clause had as much effect on the value of the leasehold interest as would a fire, which partially destroys the premises. Since compensation for such a loss would be on capital account, the same should hold true for a voluntary loss arising from the cancellation of a contractual right which forms an integral component of a capital asset.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 12(1)(x) (as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 6; 1990, c. 45, s. 39), 39(1)(a), (b) (as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 11), 54(b) "capital property", (c) "disposition", 80, 248(1) "property" (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 125; 1980-81-82-83, c. 140, s. 128).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; [1995] 2 C.T.C. 369; 95 DTC 5551; 186 N.R. 243.

biens admissibles au régime fiscal des gains en capital. Comme la loi ne prévoit rien sur la question, la qualification d'un gain ou d'une perte comme imputable au capital ou au revenu est établie d'après les principes ou les règles de la common law. Aucune des décisions invoquées par le juge de la Cour de l'impôt ou le ministre ne venait étayer l'argument selon lequel le paiement en question ne pouvait pas être réclaté en tant que gain en capital. Même si la clause de participation avait pour effet d'inciter la contribuable à conclure un bail à long terme, les paiements d'incitation à la location ne s'appliquent pas aux affaires portant sur l'annulation d'un droit contractuel. La clause de participation n'était pas non plus similaire à un contrat commercial ordinaire. Bien qu'il y ait un principe de common law selon lequel les engagements ou les obligations figurant dans un bail sont «indépendants» les uns des autres, cela ne change pas le fait que la clause de participation constituait un aspect intégrant du bail.

La clause de participation ne faisait pas seulement partie intégrante du bail, mais elle influait aussi considérablement sur la valeur d'un bien immobilisé, à savoir une propriété à bail. La rentabilité d'un bien est un élément à prendre en considération pour déterminer sa valeur en capital. À cet égard, la clause de participation est intimement liée à un bien immobilisé et à sa valeur. Un droit foncier représente également un bien immobilisé, dont la valeur dépend à la fois des modalités du bail et des conditions du marché. En l'espèce, le rachat de la clause de participation a eu pour effet évident de réduire la valeur du bien immobilisé de la contribuable de 9,25 millions de dollars. L'annulation de la clause de participation a eu autant d'effets sur la valeur du droit foncier qu'en aurait eu un incendie qui aurait détruit partiellement les locaux. Puisque l'indemnité relative à une telle perte serait imputable au capital, ce devrait également être vrai dans le cas d'une perte volontaire découlant de l'annulation d'un droit contractuel qui fait partie intégrante d'un bien immobilisé.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 12(1)x) (édicte par S.C. 1986, ch. 6, art. 6; 1990, ch. 45, art. 39), 39(1)a), b) (mod. par S.C. 1979, ch. 5, art. 11), 54b) «biens en immobilisations», c) «disposition de biens», 80, 248(1) «biens» (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 125; 1980-81-82-83, ch. 140, art. 128).

#### JURISPRUDENCE

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; [1995] 2 C.T.C. 369; 95 DTC 5551; 186 N.R. 243.

## CONSIDERED:

*London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll*, [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.); *Canadian National Railway Co. v. The Queen*, [1988] 2 C.T.C. 111; (1988), 88 DTC 6340; 21 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *C.I.R. v. Fleming & Co. (Machinery), Ltd.* (1951), 33 T.C. 57 (Ct. of Sess.); *Pe Ben Industries Co. v. The Queen*, [1988] 2 C.T.C. 120; (1988), 88 DTC 6347; 21 F.T.R. 90 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Ikea Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 196; (1998), 155 D.L.R. (4th) 295; 98 DTC 6092; 222 N.R. 161; *Mohawk Oil Co. v. Canada*, [1992] 2 F.C. 485; [1992] 1 C.T.C. 195; (1992), 92 DTC 6135; 140 N.R. 225 (C.A.); *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147; (1998), 155 D.L.R. (4th) 257; 98 DTC 6100; 222 N.R. 81; *Toronto College Park Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 183; (1998), 155 D.L.R. (4th) 285; 98 DTC 6088; 222 N.R. 189; *Westfair Foods Ltd. v. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 146; (1990), 91 DTC 5073; 40 F.T.R. 207 (F.C.T.D.); *affid* [1991] 2 C.T.C. 343; (1991), 91 DTC 5625; 137 N.R. 74 (F.C.A.); *The Queen v. Golden et al.*, [1986] 1 S.C.R. 209; (1986), 25 D.L.R. (4th) 490; [1986] 3 W.W.R. 1; [1986] 1 C.T.C. 274; 86 DTC 6138; 65 N.R. 135; 39 R.P.R. 297.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (*T. Eaton v. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2082; (1996), 96 DTC 1846 (T.C.C.)) dismissing the taxpayer's appeal from the Minister's assessment of a \$9.25 million buy-out of the taxpayer's long-term lease participation clause in a shopping centre's annual net profits as constituting income from a business and rejecting the taxpayer's argument that it was a capital gain. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Brian G. Morgan and Nancy J. Stitt* for appellant.  
*Elizabeth D. Chasson and J. S. Gill* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Osler, Hoskin & Harcourt*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll*, [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.); *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. La Reine*, [1988] 2 C.T.C. 111; (1988), 88 D.T.C. 6340; 21 F.T.R. 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *C.I.R. v. Fleming & Co. (Machinery), Ltd.* (1951), 33 T.C. 57 (Ct. of Sess.); *Pe Ben Industries Co. c. La Reine*, [1988] 2 C.T.C. 120; (1988), 88 DTC 6347; 21 F.T.R. 90 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Ikea Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 196; (1998), 155 D.L.R. (4th) 295; 98 DTC 6092; 222 N.R. 161; *Mohawk Oil Co. c. Canada*, [1992] 2 C.F. 485; [1992] 1 C.T.C. 195; (1992), 92 DTC 6135; 140 N.R. 225 (C.A.); *Canderel Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147; (1998), 155 D.L.R. (4th) 257; 98 DTC 6100; 222 N.R. 81; *Toronto College Park Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 183; (1998), 155 D.L.R. (4th) 285; 98 DTC 6088; 222 N.R. 189; *Westfair Foods Ltd. c. Canada*, [1991] 1 C.T.C. 146; (1990), 91 DTC 5073; 40 F.T.R. 207 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *conf. par* [1991] 2 C.T.C. 343; (1991), 91 DTC 5625; 137 N.R. 74 (C.A.F.); *La Reine c. Golden et autres*, [1986] 1 R.C.S. 209; (1986), 25 D.L.R. (4th) 490; [1986] 3 W.W.R. 1; [1986] 1 C.T.C. 274; 86 DTC 6138; 65 N.R. 135; 39 R.P.R. 297.

APPEL d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (*T. Eaton c. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2082; (1996), 96 DTC 1846 (C.C.I.)) rejetant l'appel interjeté par la contribuable contre la cotisation établie par le ministre à l'égard du rachat au montant de 9,25 millions de dollars de la clause de participation figurant dans un bail à long terme en faveur de la contribuable à l'égard des profits nets annuels d'un centre commercial comme constituant un revenu tiré d'une entreprise et rejetant l'argument de la contribuable selon lequel cela constituait un gain en capital. Appel accueilli.

## ONT COMPARU:

*Brian G. Morgan et Nancy J. Stitt* pour l'appelante.  
*Elizabeth D. Chasson et J. S. Gill* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Osler, Hoskin & Harcourt*, Toronto, pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

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

[1] ROBERTSON J.A.: The appellant taxpayer, a well-known Canadian retail merchant, entered into a long-term lease for retail space in the Oshawa Shopping Centre. The year was 1955. Under the terms of that lease, the landlord agreed to a "participation clause" entitling the taxpayer to 20% of the shopping centre's annual net profits over the duration of the lease term and any renewal period. No participation income was received until 1981. From 1981 to 1989, the taxpayer received and reported nearly \$3.9 million as income under the participation clause. In 1989, the landlord offered to "buy-out" the participation clause for \$9.25 million. The offer was accepted, and the taxpayer reported this amount as proceeds of the disposition of capital property, with an acquisition cost of nil. The Minister of National Revenue reassessed the appellant on the ground that the entire amount constituted income from a business and, therefore, the taxpayer was not entitled to claim a capital gain equal to two-thirds of the \$9.25 million for the 1989 taxation year.

[2] The Tax Court Judge [*T. Eaton v. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2082] agreed with the Minister's characterization of the transaction having particular regard to two decisions. The first is *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll*,<sup>1</sup> decided by the English Court of Appeal. The second is *Canadian National Railway Co. v. The Queen*,<sup>2</sup> a decision of the Trial Division of this Court. One of the issues to be decided in this case is whether those decisions are determinative of the outcome of this appeal. In my respectful view, they are not. There is no single bright-line rule for determining whether proceeds will be deemed to have been received on capital as opposed to income account.

[3] For the reasons which follow, I conclude that the proceeds arising from the cancellation of the participation clause are a capital receipt. The fact that the

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

[1] LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: La contribuable appelante, une compagnie canadienne de vente au détail bien connue, a conclu un bail à long terme pour la location de locaux pour commerce de détail dans le centre commercial d'Oshawa. C'était en 1955. Selon les termes de ce bail, le locateur a convenu d'une «clause de participation» permettant à la contribuable de toucher 20 % des profits nets annuels du centre commercial pour la durée du bail et toute période de renouvellement. Aucun revenu de participation n'a été perçu jusqu'en 1981. De 1981 à 1989, la contribuable a perçu et déclaré près de 3,9 millions de dollars à titre de revenu en vertu de la clause de participation. En 1989, le locateur a offert de «racheter» la clause de participation pour la somme de 9,25 millions de dollars. L'offre a été acceptée, et la contribuable a déclaré ce montant à titre de produit de la disposition d'un bien en immobilisation, avec une valeur d'acquisition nulle. Le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation relativement à l'appelante pour le motif que le montant intégral constituait un revenu tiré d'une entreprise et que, par conséquent, la contribuable n'avait pas le droit de réclamer un gain en capital égal aux deux tiers de la somme de 9,25 millions de dollars pour l'année d'imposition 1989.

[2] Le juge de la Cour de l'impôt [*T. Eaton c. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2082] était d'accord avec la façon dont le ministre qualifiait l'opération eu égard notamment à deux décisions. La première est *London and Thames Haven Oil Wharves, Ltd. v. Attwooll*<sup>1</sup>, rendue par la Cour d'appel d'Angleterre. La seconde est *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. La Reine*<sup>2</sup>, une décision rendue par la Section de première instance de notre Cour. L'une des questions à trancher en l'espèce est de savoir si ces décisions sont déterminantes quant à l'issue du présent appel. À mon humble avis, elles ne le sont pas. Il n'existe pas de règle claire et simple pour décider si le produit reçu sera considéré comme imputable au capital par opposition au revenu.

[3] Pour les motifs qui suivent, je conclus que le produit résultant de l'annulation de la clause de participation constitue une rentrée de capital. Le fait

clause is an integral component of what is clearly a capital asset, and that cancellation of that clause impacts significantly on the value of a leasehold estate in land are, in my respectful opinion, overriding considerations. Specifically, they displace the general rule that compensation which serves as a substitute for the surrender of future profits is on revenue account. The Minister's contention that the participation clause is akin to either an ordinary trade contract or a tenant inducement payment cannot withstand close scrutiny.

[4] The taxpayer advances two arguments in support of its position. The first is ingenious, but clearly untenable. It is based on two premises, the second of which is fatally flawed. The first premise is that the cancellation of the participation clause constitutes a "disposition" of property within the meaning of paragraph 54(c) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63]. That term is defined to include any transaction by which "any debt owing to a taxpayer or any other right of a taxpayer to receive an amount is settled or cancelled". Subsection 248(1) [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 125; 1980-81-82-83, c. 140, s. 128] goes on to define "property" as including "a right of any kind whatever". In light of these provisions, I have no objection to the first premise.<sup>3</sup>

[5] The second premise proffered by the taxpayer is that all property is either capital property or inventory. Correlatively, inventory is said to include property held for sale as an adventure in the nature of trade. In support of this premise, the taxpayer invokes the following passage from the Supreme Court's decision in *Friesen v. Canada*:<sup>4</sup>

The second problem with the interpretation proposed by the respondent is that it is inconsistent with the basic division in the *Income Tax Act* between business income and capital gain. As discussed above, subdivision b of Division B of the Act deals with business and property income and subdivision c of Division B deals with capital gains. The Act defines two types of property, one of which applies to each of these sources of revenue. Capital property (as defined in s. 54(b)) creates a capital gain or loss upon

que la clause est une partie intégrante de ce qui est clairement un bien immobilisé et le fait que l'annulation de cette clause influe de façon importante sur la valeur d'une propriété à bail sont, à mon humble avis, des considérations primordiales. Tout particulièrement, ces faits supplantent la règle générale selon laquelle l'indemnité servant à remplacer l'abandon de profits futurs est imputable au revenu. L'allégation du ministre selon laquelle la clause de participation est apparentée à un contrat commercial ordinaire ou à un paiement d'incitation à la location ne peut pas résister à un examen sérieux.

[4] La contribuable avance deux arguments à l'appui de sa position. Le premier est ingénieux, mais manifestement insoutenable. Il est fondé sur deux prémisses, dont la seconde est entachée de vices. Selon la première prémisse, l'annulation de la clause de participation constitue une «disposition» de biens au sens de l'alinéa 54c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63]. Ce terme est défini de façon à comprendre toute opération par laquelle «toute créance d'un contribuable ou tout autre droit qu'a un contribuable de recevoir une somme est réglé ou annulé». Le paragraphe 248(1) [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 125; 1980-81-82-83, ch. 140, art. 128] définit ensuite «biens» comme comprenant «un droit de quelque nature qu'il soit». Compte tenu de ces dispositions, je ne vois aucune objection à la première prémisse<sup>3</sup>.

[5] La seconde prémisse exposée par la contribuable veut que tout bien soit un bien en immobilisation ou figure dans un inventaire. De façon corrélatrice, l'inventaire est considéré comme comprenant le bien destiné à la vente dans le cadre d'un projet comportant un risque de caractère commercial. À l'appui de cette prémisse, la contribuable invoque le passage suivant de l'arrêt de la Cour suprême *Friesen c. Canada*<sup>4</sup>:

Le deuxième problème que pose l'interprétation préconisée par l'intimée tient à son incompatibilité avec la dichotomie fondamentale que la *Loi de l'impôt sur le revenu* établit entre le revenu d'entreprise et le gain en capital. Comme cela a déjà été mentionné, la sous-section b de la section B de la Loi porte sur le revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien, tandis que la sous-section c de la section B porte sur les gains en capital. La Loi définit deux types de biens, qui correspondent respectivement à chacune de ces sources de

disposition. Inventory is property the cost or value of which is relevant to the computation of business income. The Act thus creates a simple system which recognizes only two broad categories of property. The characterization of an item of property as inventory or capital property is based primarily on the type of income that the property will produce. [Emphasis added.]

[6] Relying on the above passage, the taxpayer postulates that a particular piece of property becomes either inventory or capital property in the hands of a taxpayer at the time of its original purchase or acquisition. Moreover, it is submitted that if property does not qualify as inventory, which is said to include an adventure in the nature of trade, it is by necessity a capital item. Finally, the taxpayer submits that this Court should decide the issue by resorting to the various factors to be examined when deciding whether property has been held as an investment or an adventure in the nature of trade. Having regard to those factors, it is argued that the property in question was not held for resale and, therefore, its disposition was on capital account. As stated at the outset, the problem with this line of reasoning is that the second premise is fatally flawed.

[7] In my respectful view, the Tax Court Judge did not err in concluding that *Friesen* is inapplicable to the facts in issue. I agree that that case dealt with a “timing” issue with respect to the recognition of gains and losses from an adventure in the nature of trade. Nothing that was decided in *Friesen*, in my opinion, detracts from the following understanding of the legal framework imposed by the *Income Tax Act*.

[8] It is trite law that a capital gain or loss is a gain or loss arising from a disposition of property. According to paragraph 54(b) of the Act, the disposition of property which gives rise to a capital loss or gain is deemed to be capital property. That provision reads as follows:

revenu. Les biens en immobilisation (définis à l'al. 54b)) engendrent un gain ou une perte en capital lors de leur aliénation. Les biens figurant dans un inventaire sont des biens dont le coût ou la valeur entre dans le calcul du revenu d'entreprise. La Loi crée ainsi un système simple qui ne reconnaît que deux catégories générales de biens. La qualification d'un bien comme bien figurant dans un inventaire ou comme bien en immobilisation est fondée principalement sur le type de revenu qui sera tiré de ce bien. [Non souligné dans l'original.]

[6] Se basant sur ce passage, la contribuable pose comme principe qu'un bien particulier figure dans un inventaire ou devient un bien en immobilisation dans les mains d'un contribuable au moment de son achat initial ou de son acquisition initiale. De plus, il est soutenu que, si le bien ne peut pas être considéré comme figurant dans un inventaire, qui est censé comprendre un projet comportant un risque de caractère commercial, il est, par la force des choses, un bien en immobilisation. En dernier lieu, la contribuable soutient que notre Cour devrait trancher la question en recourant aux différents facteurs à examiner au moment de décider si le bien a été détenu à titre d'investissement ou à titre de projet comportant un risque de caractère commercial. Quant à ces facteurs, il est allégué que le bien en question n'était pas destiné à la revente et que, par conséquent, sa disposition était imputable au capital. Comme je l'ai dit d'emblée, le problème que soulève ce raisonnement est que la seconde prémisse est entachée de vices.

[7] À mon humble avis, le juge de la Cour de l'impôt n'a pas commis d'erreur en concluant que l'arrêt *Friesen* ne s'applique pas aux faits de l'espèce. Je suis d'accord pour dire que cette affaire portait sur le «moment» auquel les gains et pertes découlant d'un projet comportant un risque de caractère commercial étaient reconnus. D'après moi, rien de ce qui a été décidé dans l'arrêt *Friesen* ne déprécie la compréhension suivante du cadre juridique imposé par la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[8] Il est de droit constant qu'un gain ou une perte en capital est un gain ou une perte résultant de la disposition d'un bien. Selon l'alinéa 54b) de la Loi, la disposition de biens qui donne lieu à une perte ou à un gain en capital est censée constituer un bien en immobilisation. Voici le libellé de cette disposition:

54. . . .

(b) “capital property” of a taxpayer means

- (i) any depreciable property of the taxpayer, and
- (ii) any property (other than depreciable property), any gain or loss from the disposition of which would, if the property were disposed of, be a capital gain or a capital loss, as the case may be, of the taxpayer;

[9] Read in isolation, paragraph 54(b) does not tell us which kinds of property constitute capital property. Section 39, however, specifies those which do not qualify for capital gains treatment. Excluded property is not capital property. For our purposes, the relevant provisions are paragraphs 39(1)(a) and (b) [as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 11] which read as follows:

39. (1) . . .

(a) a taxpayer’s capital gain for a taxation year from the disposition of any property is his gain for the year determined under this subdivision (to the extent of the amount thereof that would not, if section 3 were read without reference to the expression “other than a taxable capital gain from the disposition of a property” in paragraph (a) thereof and without reference to paragraph (b) thereof, be included in computing his income for the year or any other taxation year) from the disposition of any property of the taxpayer other than [e.g., eligible capital property].

. . .

(b) a taxpayer’s capital loss for a taxation year from the disposition of any property is his loss for the year determined under this subdivision (to the extent of the amount thereof that would not, if section 3 were read in the manner described in paragraph (a) and without reference to the expression “or his allowable business investment loss for the year” in paragraph 3(d), be deductible in computing his income for the year or any other taxation year) from the disposition of any property of the taxpayer other than [e.g., depreciable property]. [Emphasis added.]

[10] The above provisions have the effect of excluding from capital gains treatment proceeds realized from a disposition of property which gives rise to

54. [. . .]

b) «biens en immobilisation» d’un contribuable signifie

- (i) tous biens amortissables du contribuable, et
- (ii) tous biens (autres que des biens amortissables), dont la disposition, s’il y avait disposition, se traduirait pour le contribuable par un gain ou une perte en capital, suivant le cas;

[9] Pris seul, l’alinéa 54b) ne nous dit pas quelles sortes de biens constituent des biens en immobilisation. Cependant, l’article 39 spécifie ceux qui ne sont pas admissibles au régime fiscal des gains en capital. Les biens exclus ne sont pas des biens en immobilisation. Aux fins qui nous intéressent, les dispositions pertinentes sont les alinéas 39(1)a) et b) [mod. par S.C. 1979, ch. 5, art. 11], dont voici le libellé:

39. (1) [. . .]

a) un gain en capital d’un contribuable, tiré, pour une année d’imposition, de la disposition d’un bien quelconque, désigne le gain, déterminé conformément aux dispositions de la présente sous-section (jusqu’à concurrence du montant de ce gain qui ne serait pas, si l’on supprimait, dans l’alinéa a) de l’article 3, l’expression «autre qu’un gain en capital imposable résultant de la disposition d’un bien» et si l’on supprimait l’alinéa b) de ce même article 3, inclus dans le calcul de son revenu pour l’année ou pour toute autre année d’imposition) que ce contribuable a tiré pour l’année, de la disposition d’un bien lui appartenant, autre [par ex., qu’un bien en immobilisation admissible].

[. . .]

b) une perte en capital subie par un contribuable, pour une année d’imposition, du fait de la disposition d’un bien quelconque, désigne la perte qu’il a subie dans l’année, déterminée conformément aux dispositions de la présente sous-section (jusqu’à concurrence du montant de cette perte qui ne serait pas déductible, si l’article 3 était interprété de la manière indiquée dans l’alinéa a) et en faisant abstraction de l’expression «ou une perte déductible au titre d’un placement d’entreprise pour l’année, subie par le contribuable» à l’alinéa 3d), lors du calcul de son revenu pour l’année ou pour toute autre année d’imposition) du fait de la disposition d’un bien quelconque de ce contribuable autre [par ex., qu’un bien amortissable]. [C’est moi qui souligne.]

[10] Ces dispositions législatives ont pour effet d’exclure du régime fiscal des gains en capital le produit de la disposition de biens qui donne lieu à un

ordinary income, for example, income from business. Those sections also refer expressly to certain kinds of property which are to be excluded from the concept of capital property. What the legislation does not tell us is how one goes about distinguishing between dispositions of property which are not expressly referred to and otherwise excluded from the category of capital property. Thus, the characterization of a gain or loss as being on capital or income account is determined by reference to common law principles or rules. I should add that not every receipt must fall within either the capital or income category. For example, a "windfall" is not regarded as income or capital.<sup>5</sup>

[11] Despite the development of various common law rules for assessing whether a gain or loss should be on capital or income account, litigation persists because of the tax advantage accruing to dispositions of capital property. For ease of reference, the case law can be conveniently grouped into a number of discrete categories. The category with the largest number of cases concerns adventures in the nature of trade. Today, the outcome of such cases is determined largely by isolating key factual considerations and then applying legal judgment. Other categories include foreign exchange transactions, cases involving the forgiveness of debts not regulated by section 80 of the Act, and the receipt of "subsidies" not caught by paragraph 12(1)(x) [as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 6; 1990, c. 45, s. 39].

[12] Two other closely related categories are of particular relevance to this appeal. One involves the receipt of damage awards or settlement payments intended as compensation for the loss of, or damage to, a capital asset, together with any consequential loss of profits, caused by the negligence of a third party. The second involves compensation for breach or early termination of a contract, which may include an amount for lost profits. The present case is slightly different in that it involves the mutual cancellation of a contractual right, as opposed to the termination of the entire contract.

revenu ordinaire, par exemple, un revenu tiré d'une entreprise. Ces articles mentionnent aussi expressément certaines sortes de biens qu'il faut exclure de la notion de biens en immobilisation. Ce que la loi ne dit pas, c'est comment on va faire la distinction entre les dispositions de biens qui ne sont pas mentionnés expressément et celles de biens qui sont autrement exclus de la catégorie des biens en immobilisation. Donc, la qualification d'un gain ou d'une perte comme imputable au capital ou au revenu est établie d'après les principes ou les règles de la common law. Je dois ajouter que toute rentrée de fonds ne relève pas nécessairement de la catégorie du capital ou de celle du revenu. Par exemple, un «profit inattendu» n'est pas considéré comme un revenu ou un capital<sup>5</sup>.

[11] Malgré l'élaboration de diverses règles de common law permettant d'évaluer si un gain ou une perte devrait être imputable au capital ou au revenu, le litige persiste à cause de l'avantage fiscal afférent aux dispositions de biens en immobilisation. Par souci de commodité, la jurisprudence peut sans inconvénient être groupée en un certain nombre de catégories distinctes. La catégorie qui comprend le plus grand nombre de décisions concerne les projets comportant un risque de caractère commercial. À notre époque, on tranche la question surtout en isolant les principales considérations de fait et en appliquant ensuite la décision judiciaire. Parmi les autres catégories, mentionnons les opérations de change, les affaires relatives à la remise de dettes non régies par l'article 80 de la Loi et les «subventions» non visées par l'alinéa 12(1)x) [édicte par S.C. 1986, ch. 6, art. 6; L.C. 1990, ch. 45, art. 39].

[12] Deux autres catégories étroitement liées se rapportent particulièrement au présent appel. L'une concerne les dommages-intérêts ou les paiements de liquidation reçus pour dédommager la perte d'un bien immobilisé ou le dommage causé à ce bien, ainsi que toute perte consécutive de profits, résultant de la négligence d'un tiers. La deuxième concerne l'indemnisation pour rupture ou résiliation hâtive d'un contrat, qui peut comprendre un montant pour les profits perdus. La présente affaire diffère légèrement, car elle porte sur l'annulation réciproque d'un droit contractuel, par opposition à la résiliation de l'intégralité du contrat.

[13] One of the questions I must address is whether there is any rule of law which precludes the taxpayer from claiming a capital gain on the \$9.25 million which it received for the cancellation of the participation clause. In my respectful view, none of the cases relied on by the Tax Court Judge or the Minister imposes such a result. As a starting point, I will return to the two cases on which much of the argument focused.

[14] The first case invoked by the Minister and Tax Court Judge is *London and Thames Haven*. The following passage from Lord Diplock's judgment is invariably cited in cases similar to this one:<sup>6</sup>

Where, pursuant to a legal right, a trader receives from another person compensation for the trader's failure to receive a sum of money which, if it had been received, would have been credited to the amount of profits (if any) arising in any year from the trade carried on by him at the time when the compensation is so received, the compensation is to be treated for income tax purposes in the same way as the sum of money would have been treated if it had been received instead of the compensation.

[15] The above passage reflects the view that compensation for a failure to receive monies should be taxed in the manner in which the monies would have been taxed if received (the "surrogatum rule"). In essence, the "surrogatum" rule seeks to characterize ambiguous receipts by reference to income holes. Thus, for example, it is generally accepted that compensation flowing from the breach of a trade contract should be taxed as if it had been received in the ordinary course of business; that is to say, as business income. On the other hand, if compensation is paid for the loss of a capital item, such compensation should be taxed on capital account. As a general proposition, the surrogatum rule makes good sense. The issue of how it is to be applied in the present case is addressed below.

[16] An interesting aspect of *London and Thames Haven* is that the proposition outlined above was not

[13] L'une des questions que je dois traiter est celle de savoir s'il existe une règle de droit qui empêche la contribuable de réclamer un gain en capital relativement à la somme de 9,25 millions de dollars qu'elle a reçue pour l'annulation de la clause de participation. À mon humble avis, aucune des décisions invoquées par le juge de la Cour de l'impôt ou le ministre n'impose un tel résultat. Pour commencer, je reviendrai aux deux décisions sur lesquelles l'argumentation repose en grande partie.

[14] La première décision invoquée par le ministre et le juge de la Cour de l'impôt est *London and Thames Haven*. Le passage suivant tiré du jugement prononcé par lord Diplock est immanquablement cité dans les affaires ressemblant à la présente affaire<sup>6</sup>:

[TRADUCTION] Chaque fois qu'un commerçant reçoit, en vertu d'un droit, de quelqu'un d'autre, une indemnité au lieu d'une somme d'argent qui aurait été comptabilisée dans les profits réalisés au cours d'une année, dans le commerce qu'il exploitait à l'époque où il a reçu l'indemnité, il y a lieu de traiter cette indemnité pour fin d'impôt de la même manière que la somme d'argent l'aurait été si l'indemnité ne l'avait pas remplacée.

[15] Ce passage reflète l'opinion selon laquelle l'indemnité reçue au lieu d'une somme d'argent devrait être imposée de la façon dont la somme d'argent aurait été imposée si elle avait été reçue (la «règle de la substitution»). Essentiellement, la règle de la «substitution» cherche à qualifier des rentrées de fonds de nature ambiguë en se référant à des trous dans le revenu. Ainsi, par exemple, il est généralement admis qu'une indemnité résultant de la rupture d'un contrat commercial devrait être imposée comme si elle avait été reçue dans le cours ordinaire des affaires; c'est-à-dire comme un revenu tiré d'une entreprise. Par contre, si l'indemnité est versée en raison de la perte d'un élément en capital, une telle indemnité devrait être imposée comme étant imputable au capital. En tant que proposition générale, la règle de la substitution est logique. La question de savoir comment elle doit être appliquée en l'espèce est abordée plus loin.

[16] L'un des aspects intéressants de l'arrêt *London and Thames Haven* est que la proposition décrite

dispositive with respect to that appeal. The taxpayer was the owner of a wharf damaged through the negligence of a third party. Compensation was paid for the cost of repairs, as well as for profits lost during the time that the wharf was unavailable for use. Only the compensation relating to lost profits was in issue, since the parties agreed that compensation relating to the repairs was on capital account. The Trial Judge had held that the compensation relating to lost profits should be accorded the same tax treatment as compensation for the repairs. In reaching that conclusion, he relied on a series of English cases which stood for the proposition that compensation paid for an income-producing asset which had been permanently destroyed was on capital account, even if part of the compensation related to lost profits. The Trial Judge reasoned that no distinction should be drawn between partially damaged property and that which is completely destroyed, notwithstanding that part of the compensation is attributable to lost profits.

[17] On appeal, the English Court of Appeal in *London and Thames Haven* retained the distinction between compensation paid for property which is completely destroyed and that which undergoes "partial injury", so far as lost profits are concerned. Thus, if an income-producing asset is partially damaged, then compensation for lost profits is treated as a trading receipt. However, if the asset is completely destroyed, then the entire compensation payment qualifies as a capital receipt since an asset's profitability is one element to be considered in assessing the asset's capital value. This latter point supports my view that the compensation in question is on capital account. Finally, the Court of Appeal went on to clarify that the entire business of the taxpayer did not have to be lost before compensation for lost profits would be regarded as having been received on capital account. It was deemed sufficient if the losses related to part of a taxpayer's business, such as occurs with the loss of an income-producing asset.

ci-dessus n'était pas décisive quant à cet appel. La contribuable était propriétaire d'un quai endommagé en raison de la négligence d'un tiers. L'indemnité a été versée pour les frais de réparation, ainsi que pour les profits perdus pendant que le quai n'était pas utilisable. Seule l'indemnité relative aux profits perdus était en cause, puisque les parties étaient d'accord pour dire que l'indemnité relative aux réparations était imputable au capital. Le juge de première instance avait conclu que l'indemnité relative aux profits perdus devait être assujettie au même régime fiscal que l'indemnité relative aux réparations. Pour arriver à cette conclusion, il s'est fondé sur une série de décisions anglaises qui reposaient sur la proposition selon laquelle l'indemnité payée pour un bien productif de revenu qui avait été détruit de façon permanente était imputable au capital, même si une partie de l'indemnité se rapportait aux profits perdus. Le juge de première instance a déclaré qu'il ne faudrait pas établir de distinction entre les biens partiellement endommagés et ceux qui ont été complètement détruits, bien qu'une partie de l'indemnité soit attribuable aux profits perdus.

[17] En appel, la Cour d'appel d'Angleterre a, dans l'arrêt *London and Thames Haven*, retenu la distinction entre l'indemnité payée pour les biens qui ont été détruits complètement et ceux qui ont subi un «préjudice partiel», dans la mesure où les profits perdus sont concernés. Ainsi, si un bien productif de revenu est endommagé partiellement, l'indemnité pour profits perdus est considérée comme une rentrée commerciale. Cependant, si le bien est complètement détruit, l'intégralité du versement d'indemnité est considérée comme une rentrée de capital puisque la rentabilité d'un bien est un élément à prendre en considération dans l'évaluation de la valeur en capital d'un bien. Ce dernier point vient étayer mon opinion selon laquelle l'indemnité en question est imputable au capital. Enfin, la Cour d'appel a ensuite précisé qu'il n'était pas nécessaire que toute l'entreprise de la contribuable soit perdue avant que l'indemnité pour profits perdus soit considérée comme imputable au capital. Elle a jugé qu'il suffisait que les pertes se rapportent à une partie de l'entreprise de la contribuable, comme cela se produit avec la perte d'un bien productif de revenu.

[18] In summary, *London and Thames Haven* stands for the proposition that compensation paid for the destruction of a capital asset will be on capital account even if some of the compensation relates to lost profits.<sup>7</sup> If compensation flows from the partial destruction of that capital asset, then any amount received in regard to lost profits is taxable as a trading receipt, while compensation relating solely to the damaged property is a capital receipt. At the end of the day, however, none of this is dispositive of the present appeal.

[19] Both the Minister and Tax Court Judge relied heavily on *Canadian National Railway*, *supra*. In my respectful opinion, that decision cannot be read without reference to *Pe Ben Industries Co. v. The Queen*,<sup>8</sup> a case decided on similar facts and contemporaneously with *Canadian National Railway*. Both cases were decided by Justice Strayer (as he then was). I shall deal with each case in turn.

[20] In *Canadian National Railway*, the taxpayer had received \$1.9 million as compensation for the early termination of a transportation contract. The taxpayer reported the amount as capital, but the Minister assessed it as income. Justice Strayer agreed with the Minister's assessment, placing particular reliance on Lord Russell's judgment in *C.I.R. v. Fleming & Co. (Machinery), Ltd.*:<sup>9</sup>

[W]hen the rights and advantages surrendered on cancellation are such as to destroy or materially to cripple the whole structure of the recipient's profit-making apparatus, involving the serious dislocation of the normal commercial organization and resulting perhaps in the cutting down of the staff previously required, the recipient of the compensation may properly affirm that the compensation represents the price paid for the loss or sterilisation of a capital asset and is therefore a capital and not a revenue receipt . . . . On the other hand when the benefit surrendered on cancellation does not represent the loss of an enduring asset in circumstances such as those above mentioned—where for example the structure of the recipient's business is so fashioned as to absorb the shock as one of the normal incidents to be looked

[18] En résumé, l'arrêt *London and Thames Haven* repose sur la proposition selon laquelle l'indemnité payée pour la destruction d'un bien immobilisé sera imputable au capital même si une partie de l'indemnité se rapporte aux profits perdus<sup>7</sup>. Si l'indemnité résulte de la destruction partielle de ce bien immobilisé, alors toute somme reçue relativement aux profits perdus est imposable en tant que rentrée commerciale, tandis que l'indemnité relative seulement aux biens endommagés constitue une rentrée de capital. En fin de compte, cependant, rien de cela n'est décisif quant au présent appel.

[19] Le ministre et le juge de la Cour de l'impôt ont tous deux invoqué amplement la décision *Cie des chemins de fer nationaux du Canada*, précitée. À mon humble avis, cette décision ne peut s'interpréter sans qu'on se reporte à la décision *Pe Ben Industries Co. c. La Reine*<sup>8</sup>, qui a été rendue d'après des faits similaires et à la même époque que la décision *Cie des chemins de fer nationaux du Canada*. Les deux décisions ont été rendues par le juge Strayer (tel était son titre à l'époque). Je traiterai de chacune à tour de rôle.

[20] Dans l'affaire *Cie des chemins de fer nationaux du Canada*, la contribuable avait reçu la somme de 1,9 million de dollars à titre d'indemnité pour la résiliation hâtive d'un contrat de transport. La contribuable a déclaré la somme à titre de capital, mais le ministre l'a considérée comme un revenu. Le juge Strayer était d'accord avec la cotisation établie par le ministre, se fondant tout particulièrement sur le jugement rendu par lord Russell dans *C.I.R. v. Fleming & Co. (Machinery), Ltd.*<sup>9</sup>:

[TRADUCTION] Lorsque les droits et les avantages auxquels on a renoncé lors de la résiliation ont pour effet de détruire ou de disloquer effectivement toute la structure du mécanisme de réalisation de bénéfices du bénéficiaire et que cela entraîne un grave bouleversement dans l'organisation commerciale normale et éventuellement une réduction des effectifs antérieurement requis, le bénéficiaire de l'indemnité peut à bon droit affirmer que l'indemnité représente le prix payé pour la perte ou la stérilisation d'une immobilisation et qu'il s'agit par conséquent d'une rentrée de capital et non d'un produit [. . .] D'autre part, lorsque l'avantage auquel on a renoncé lors de la résiliation ne représente pas la perte d'un bien durable dans des circonstances comme celles évoquées plus haut dans lesquelles, par exemple, la structure

for and where it appears that the compensation received is no more than a surrogatum for the future profits surrendered—the compensation received is in use to be treated as a revenue receipt and not a capital receipt.

[21] In *Fleming*, the issue was whether the compensation received for the cancellation of an ordinary trade contract was on income account. The above passage suggests that where the cancellation of a trade contract materially affects a taxpayer's business operations, compensation paid for the loss of that contract may be deemed to be on capital account. In short, *Fleming* represents an exception to the general rule regarding trade contracts (the "*Fleming* exception"). Justice Strayer reasoned that when the transportation contract in question was mutually terminated, no enduring asset in terms of a distinct business or long-term contract had been destroyed or rendered useless, nor did the contract's cancellation have a crippling effect on the taxpayer's business. Thus, the taxpayer in *Canadian National Railway* could not rely on the *Fleming* exception.

[22] In summary, *Canadian National Railway* accepts that compensation for lost profits received with respect to a breach or termination of an ordinary trade contract constitutes business income. It does not challenge the principle that compensation received in respect of the loss of a trade contract which is of fundamental significance to the taxpayer's business may be deemed a capital receipt. This latter principle was decisive in *Pe Ben Industries*.

[23] In *Pe Ben Industries*, Justice Strayer held that the compensation received for the breach of a trade contract resulted in the destruction of a distinct part of the taxpayer's business. The critical factual distinction between *Pe Ben Industries* and *Canadian National Railway* is that, in the former case, the taxpayer's intermodal carrier business consisted of one substantial

de l'entreprise du bénéficiaire est conçue de façon à pouvoir absorber le choc comme faisant partie des incidents normaux auxquels l'on s'attend et lorsqu'il semble que l'indemnité reçue n'est rien de plus qu'un succédané pour les bénéfices futurs auxquels on a renoncé, l'indemnité reçue doit normalement être considérée comme un produit et non comme une rentrée de capital.

[21] Dans l'affaire *Fleming*, il s'agissait de savoir si l'indemnité reçue pour l'annulation d'un contrat commercial ordinaire était imputable au revenu. Ce passage laisse entendre que, lorsque l'annulation d'un contrat commercial influe effectivement sur les opérations commerciales d'un contribuable, l'indemnité payée pour la perte de ce contrat peut être considérée comme imputable au capital. En bref, l'arrêt *Fleming* représente une exception à la règle générale concernant les contrats commerciaux (l'«exception établie par l'arrêt *Fleming*»). Le juge Strayer a considéré que lorsque le contrat de transport en question était résilié mutuellement, aucun bien durable de la nature d'une entreprise distincte ou d'un contrat à long terme n'avait été détruit ou rendu inutilisable, et l'annulation du contrat n'avait pas eu non plus d'effet paralysant sur l'entreprise de la contribuable. Ainsi, la contribuable dans l'affaire *Cie des chemins de fer nationaux du Canada* ne pouvait pas invoquer l'exception établie par l'arrêt *Fleming*.

[22] En résumé, la décision *Cie des chemins de fer nationaux du Canada* admet que l'indemnité pour profits perdus reçue à l'égard de la rupture ou de la résiliation d'un contrat commercial ordinaire constitue un revenu tiré d'une entreprise. Elle ne conteste pas le principe selon lequel l'indemnité reçue relativement à la perte d'un contrat commercial qui est d'une importance fondamentale pour l'entreprise du contribuable peut être considérée comme une rentrée de capital. Ce dernier principe a joué un rôle décisif dans *Pe Ben Industries*.

[23] Dans l'affaire *Pe Ben Industries*, le juge Strayer a conclu que l'indemnité reçue pour rupture d'un contrat commercial entraînait la destruction d'une partie distincte de l'entreprise de la contribuable. La distinction cruciale sur le plan des faits entre l'affaire *Pe Ben Industries* et l'affaire *Cie des chemins de fer nationaux du Canada* est que, dans la première affaire,

contract which had been prematurely terminated. However, the transportation contract in *Canadian National Railway* was simply an ordinary trade contract and its termination was not of critical significance to the taxpayer's business operations. In summary, it is clear that in appropriate circumstances compensation paid for the cancellation or breach of a trade contract may be a capital receipt. Admittedly, the general rule is that such compensation is on income account.

[24] As Justice Strayer so aptly noted in *Canadian National Railway*, there is considerable jurisprudence on the question of whether compensation paid pursuant to the termination of a trade contract is capital or income and, to a large extent, each case turns on its own facts. I acknowledge that it would be much simpler to adopt an inflexible rule deeming any compensation received for breach or termination of any trade contract, or even a right thereunder, as business income. But that is not the path chosen by the common law. Nor am I prepared to jettison the existing jurisprudence solely to promote certainty in the law at the expense of flexibility and rationality. This is an appropriate time to turn to the taxpayer's alternative submission and the Minister's arguments.

[25] The taxpayer's alternative submission, as I understand it, is that the participation clause is an integral component of the lease and, therefore, should receive the same tax treatment as the disposition of a leasehold estate in land. For the purposes of this appeal, I am prepared to accept the taxpayer's characterization of the receipt in question as a capital receipt. However, the Minister advances serious arguments which warrant consideration. Mr. Gill's comprehensive and cogent factum can be distilled into two principal submissions on behalf of the Minister. The first is that the compensation received for the cancellation of the participation clause is akin to a tenant inducement payment and, therefore, the pro-

l'entreprise de transport intermodal de la contribuable consistait en un contrat important qui avait été résilié prématurément. Cependant, le contrat de transport dans l'affaire *Cie des chemins de fer nationaux du Canada* était simplement un contrat commercial ordinaire et sa résiliation n'était pas d'une importance cruciale pour les opérations commerciales de la contribuable. En résumé, il est clair que, dans des circonstances appropriées, l'indemnité payée pour l'annulation ou la rupture d'un contrat commercial peut être une rentrée de capital. De l'aveu de tous, la règle générale veut qu'une telle indemnité soit imputable au revenu.

[24] Comme le juge Strayer l'a si bien noté dans la décision *Cie des chemins de fer nationaux du Canada*, il existe une jurisprudence considérable sur la question de savoir si l'indemnité payée conformément à la résiliation d'un contrat commercial constitue du capital ou un revenu et, dans une large mesure, chaque cas repose sur ses propres faits. J'admets qu'il serait beaucoup plus facile d'adopter une règle rigide qui considérerait toute indemnité reçue pour rupture ou résiliation de tout contrat commercial, ou même un droit y afférent, comme un revenu tiré d'une entreprise. Mais ce n'est pas la voie suivie par la common law. Je ne suis pas prêt non plus à rejeter la jurisprudence existante à seule fin de promouvoir le caractère certain du droit au dépens de son caractère souple et rationnel. Voici le moment venu de passer à l'autre allégation de la contribuable et aux arguments du ministre.

[25] Selon l'autre allégation de la contribuable, si je comprends bien, la clause de participation fait partie intégrante du bail et, par conséquent, devrait être assujettie au même régime fiscal que la disposition d'une propriété à bail. Aux fins du présent appel, je suis prêt à admettre la qualification de la rentrée de fonds en question de la contribuable comme une rentrée de capital. Toutefois, le ministre fait valoir des arguments sérieux qui méritent d'être pris en considération. L'exposé exhaustif et convaincant de M<sup>c</sup> Gill peut être divisé en deux allégations principales présentées au nom du ministre. Selon la première allégation, l'indemnité reçue pour l'annulation de la clause de participation est apparentée à un paiement d'incitation

ceeds should receive the tax treatment accorded such payments by the Supreme Court in a trilogy of recent cases.<sup>10</sup> The second submission is that the participation clause is akin to an ordinary trade contract and, therefore, any compensation received is on income account. Correlatively, the Minister argues that the exception outlined in *Fleming* and *Pe Ben Industries* is inapplicable. I turn first to the tenant inducement analogy.

[26] According to recent Supreme Court jurisprudence, tenant inducement payments must be treated as income by the tenant and as an expense by the landlord in the year in which they were received or paid, respectively. This rule is not absolute. If well-accepted business principles dictate otherwise, then the payments may be treated differently for tax purposes. I accept that the participation clause in question had the effect of inducing the taxpayer to enter into the long-term lease. What I cannot accept is that tenant inducement payments have any application to cases involving the cancellation of a contractual right.

[27] To answer the question before us by invoking the analogy of a tenant inducement payment is to sidestep the issue of how tax law deals with cases involving compensation paid for the surrender of a right to future profits. The tenant inducement payment analogy attempts to force us to accept that the participation clause is akin to a trade contract, independent of the lease in which it is found. That argument is addressed more fully below. In my view, the recent trilogy of Supreme Court cases dealing with the tax treatment of tenant inducement payments is not determinative of the issue at hand. Lest there be any doubt, the following represents my understanding of what was decided by the Supreme Court.

[28] In *Ikea*, *supra*, the Supreme Court held that the receipt of a tenant inducement payment was on income account because it was an integral element of the taxpayer's day-to-day operations, and was not

à la location et, par conséquent, le produit serait assujéti au régime fiscal accordé par la Cour suprême dans trois affaires récentes<sup>10</sup>. D'après la deuxième allégation, la clause de participation est apparentée à un contrat commercial ordinaire et, par conséquent, toute indemnité reçue est imputable au revenu. Corrélativement, le ministre soutient que l'exception signalée dans les décisions *Fleming* et *Pe Ben Industries* ne s'applique pas. Je vais d'abord traiter de l'analogie faite à l'incitation à la location.

[26] Selon une jurisprudence récente de la Cour suprême, les paiements d'incitation à la location doivent être considérés comme du revenu par le locataire et comme une dépense par le locateur dans l'année où ils ont été reçus ou versés respectivement. Cette règle n'est pas absolue. Si des principes comptables généralement reconnus le prévoient d'une autre façon, les paiements peuvent être considérés de façon différente aux fins de l'impôt. J'admets que la clause de participation en question avait pour effet d'inciter la contribuable à conclure un bail à long terme. Ce que je ne peux admettre, c'est que les paiements d'incitation à la location s'appliquent aux affaires portant sur l'annulation d'un droit contractuel.

[27] Répondre à la question dont nous sommes saisis en invoquant l'analogie faite à un paiement d'incitation à la location, c'est éluder la question de savoir comment le droit fiscal traite les affaires portant sur l'indemnité payée pour l'abandon d'un droit à des profits futurs. L'analogie faite au paiement d'incitation à la location cherche à nous forcer à admettre que la clause de participation est apparentée à un contrat commercial, indépendamment du bail dans lequel elle se trouve. Cet argument est examiné plus en profondeur plus loin. À mon avis, les trois décisions récentes de la Cour suprême portant sur le régime fiscal des paiements d'incitation à la location ne sont pas décisives en ce qui concerne la question en litige. De crainte qu'il y ait quelque doute, voici comment je comprends ce qui a été décidé par la Cour suprême.

[28] Dans l'arrêt *Ikea*, précité, la Cour suprême a jugé que la rentrée de fonds résultant d'un paiement d'incitation à la location était imputable au revenu parce qu'elle faisait partie intégrante des opérations

linked to a capital purpose. Whether the inducement payment represented a reduction in rent or a payment in consideration of the tenant's assumption of its various obligations under the lease did not alter the fact that it was an income receipt. The Supreme Court rejected the argument that the payment was a capital receipt simply because it related to the acquisition of a capital asset (the lease). For the purpose of deciding this appeal, I recognize that the compensation received for the buy-out of the participation clause is not a capital receipt simply because that clause is contained within a lease, itself a capital asset. I turn now to the Minister's second submission.

[29] The Minister's second submission is that the participation clause is similar to an ordinary trade contract. The Minister adopts the Tax Court Judge's finding that the participation clause was simply a contractual provision contained in the lease and that its cancellation did not have a significant impact on the taxpayer's business. According to the Tax Court Judge:<sup>11</sup>

What then was the effect of the payment in issue? The appellant argued that the participation clause was part of its leasehold interest; that it should therefore be regarded as capital property and that the disposition should therefore be seen as a disposition of capital property. I disagree. It is wrong, and in any event quite beside the point, to regard the participation clause as part of the estate in land which is conferred on a tenant by a lease. The participation clause is simply a contractual provision contained in a lease. The nature of the document in which the clause happens to have been inserted does not imbue it with any sort of magical status. The cancellation of the participation clause did not affect the appellant's right under the lease to remain in possession of the Oshawa store. Indeed it was admitted that the cancellation did not have any effect on the operation of the appellant's retail merchandising business. It is clear that the cancellation of the clause did not affect either the structure of the appellant's business as a whole or the structure of any component of it. For that reason the case is readily distinguishable from cases such as *Glenboig Union Fireclay Co. Ltd. v. C.I.R.*, (sub nom. *Glenboig Union Fireclay Co. v. I.R.C.*) [1922] S.C. 112, 12 T.C. 427; *Van Den Berghs Ltd. v. Clark*, [1935] A.C. 431, 19 T.C. 390 and *H.A. Roberts Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] S.C.R. 719, [1969] C.T.C. 369, 69 D.T.C. 5249. [Emphasis added.]

quotidiennes de la contribuable et n'était pas liée à une fin relative au capital. Que le paiement d'incitation ait représenté une baisse du loyer ou un paiement en contrepartie du fait que la locataire a assumé ses diverses obligations en vertu du bail ne changeait rien au fait qu'il s'agissait d'une rentrée de fonds. La Cour suprême a rejeté l'argument selon lequel le paiement était une rentrée de capital simplement parce qu'il se rapportait à l'acquisition d'un bien immobilisé (le bail). Pour trancher le présent appel, je reconnais que l'indemnité reçue pour le rachat de la clause de participation n'est pas une rentrée de capital simplement parce que cette clause figure dans un bail, qui est lui-même un bien immobilisé. Je passe maintenant au deuxième argument du ministre.

[29] Selon le deuxième argument du ministre, la clause de participation est similaire à un contrat commercial ordinaire. Le ministre adopte la conclusion du juge de la Cour de l'impôt selon laquelle la clause de participation était simplement une disposition contractuelle figurant dans le bail et selon laquelle son annulation n'influe pas de façon importante sur l'entreprise de la contribuable. D'après le juge de la Cour de l'impôt<sup>11</sup>:

Quel était donc l'effet du paiement en question? L'appelante a soutenu que la clause de participation faisait partie de son droit de tenure à bail, qu'elle devait donc être considérée comme un bien en immobilisation et que la disposition devait donc être considérée comme se rapportant à un bien en immobilisation. Je ne suis pas d'accord. Cela est erroné et, de toute façon, considérer la clause de participation comme faisant partie du domaine foncier que le bail confère au locataire n'a rien à voir avec la question. La clause de participation est simplement une disposition contractuelle figurant dans un bail. La nature du document dans lequel se trouve la clause n'a pas pour effet de lui donner un genre de statut magique. L'annulation de la clause de participation n'influe pas sur le droit qu'avait l'appelante en vertu du bail de demeurer en possession du magasin d'Oshawa. De fait, il a été admis que l'annulation n'avait aucun effet sur l'exploitation du commerce de détail de l'appelante. Il est clair que l'annulation de la clause n'influe pas sur la structure de l'entreprise de l'appelante dans son ensemble ou sur la structure d'un élément de son entreprise. Pour ce motif, il est facile de faire une distinction entre la présente espèce et des affaires telles que *Glenboig Union Fireclay Co. Ltd. v. C.I.R.*, (sub nom. *Glenboig Union Fireclay Co. v. IRC*) [1922] S.C. 112, 12 T.C. 427; *Van Den Berghs Ltd. v. Clark*, [1935] A.C. 431, 19 T.C. 390, et *H.A. Roberts Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] S.C.R. 719, [1969] C.T.C. 369, 69 D.T.C. 5249. [Non souligné dans l'original.]

[30] The Minister asserts that the landlord's failure to pay under the participation clause would not have entitled the tenant taxpayer to withhold the payment of rent, and that this is evidence that the clause is a contractual arrangement independent of the lease. In effect, the Minister is invoking the common law principle that covenants or obligations in a lease are "independent" of one another, such that a breach does not give rise to the remedial option of termination or forfeiture by either the landlord or the tenant, in order to buttress the argument that the participation clause is akin to a trade or collateral contract. In my respectful opinion, this common law principle is of no assistance to the Minister's position.

[31] In my view, the landlord's obligation under the participation clause is as much a part of the lease as the landlord's obligation to insure against perils or the taxpayer's obligation to pay rent. Thus, for example, the landlord's failure to insure the leasehold property does not entitle the tenant to withhold rent. But we would not conclude from this that the obligation to insure is not an integral part of the lease. It is true that, at common law, covenants in a lease are independent of one another, but this does not change the fact that the participation clause was an integral aspect of the lease in question. There is a difference between the concept of the independence of covenants in a lease and the fact that such covenants are an integral part of the obligations assumed by the parties. The independent nature of covenants is only relevant to the remedial options available to the parties under landlord and tenant law when one party has breached his or her obligations. It does not mean that such covenants are severable from the lease itself.

[32] In short, the Minister's argument that the participation clause is a contractual arrangement independent of the lease is misconceived. Had the taxpayer been in breach of the lease, and the landlord elected to bring the leasing arrangement to an end, the benefits to have been derived under the participation clause would have been forfeited as well. I need not

[30] Le ministre affirme que l'omission du locateur de faire un versement conformément à la clause de participation n'aurait pas accordé à la contribuable locataire le droit de retenir le paiement du loyer et que cela prouve que la clause est une entente contractuelle indépendante du bail. En effet, le ministre invoque le principe de common law selon lequel les engagements ou les obligations figurant dans un bail sont «indépendants» les uns des autres, de sorte qu'une rupture ne donne pas naissance à la possibilité de réclamer la fin du bail ou la confiscation du montant par le locateur ou la locataire, afin d'étayer l'argument selon lequel la clause de participation est apparentée à un contrat commercial ou accessoire. À mon humble avis, ce principe de common law ne vient nullement appuyer la position du ministre.

[31] J'estime que l'obligation du locateur en vertu de la clause de participation fait autant partie du bail que son obligation de s'assurer contre les dangers ou que l'obligation de la contribuable de payer le loyer. Ainsi, par exemple, l'omission du locateur d'assurer la propriété à bail ne donne pas droit à la locataire de retenir le loyer. Mais nous n'en concluons pas que l'obligation de s'assurer ne fait pas partie intégrante du bail. Il est vrai que, en common law, les engagements figurant dans un bail sont indépendants les uns des autres, mais cela ne change pas le fait que la clause de participation constituait un aspect intégrant du bail en question. Il existe une différence entre la notion de l'indépendance des engagements figurant dans un bail et le fait que de tels engagements font partie intégrante des obligations assumées par les parties. Le caractère indépendant des engagements ne concerne que les recours possibles dont disposent les parties en vertu du droit régissant le louage d'immeubles lorsque l'une des parties a manqué à ses obligations. Cela ne signifie pas que de tels engagements sont autonomes à l'égard du bail lui-même.

[32] Bref, l'argument du ministre selon lequel la clause de participation est une disposition contractuelle indépendante du bail est peu judicieux. Si la contribuable n'avait pas respecté le bail et si le locateur avait choisi de mettre fin à l'entente relative à la location, les avantages à tirer de la clause de participation auraient été perdus également. Je n'ai pas besoin

cite legal authorities for these propositions. Common sense dictates that any landlord who agrees to a participation clause is not going to make that clause independent of the leasing contract. If the lease is terminated or the lease term expires, the right to participate in future profits ends as well. This explains why a participation clause is inserted in the lease and not drafted as a collateral contract.

[33] Admittedly, the cancellation of the participation clause is not equivalent to the cancellation of the lease, whereupon the tenant's leasehold estate is reconveyed to the landlord, as occurred in *Westfair Foods Ltd. v. Canada*.<sup>12</sup> Both the Minister and Tax Court Judge are correct in maintaining that the participation clause is not part of the leasehold estate conveyed to the taxpayer by the landlord. But that concession does not mean that the participation clause is the equivalent of a "collateral" or "trade" contract, as argued by the Minister and effectively accepted by the Tax Court Judge.

[34] The Minister goes on to maintain that the receipt in issue simply reflects the present-day valuation of a future stream of income receivable by the taxpayer. Accordingly, the Minister submits that a payment made in return for a surrender of the right to future profits must be on revenue account. Essentially, the Minister considers that a participation clause is the equivalent of an ordinary trade contract and, as such, the surrogatum rule applies. Consequently, the \$9.25 million received as compensation for the cancellation of the clause should be taxed in the same manner as the proceeds received over the 1981 to 1989 taxation years. The Minister's argument that the buy-out had no effect on the taxpayer's normal commercial operations is intended to preclude the taxpayer from benefitting from the *Fleming* exception outlined earlier. That exception is applicable only if it can be established that the effect of the cancellation had a fundamental impact on the taxpayer's business.

[35] In this case, the buy-out of the participation clause had no effect upon the taxpayer's normal

de citer de sources juridiques pour établir le bien-fondé de ces propositions. Le bon sens dicte que tout locateur qui consent à une clause de participation ne va pas rendre cette clause indépendante du contrat de location. S'il est mis fin au bail ou si le bail prend fin, le droit de participer aux profits futurs prend fin aussi. Cela explique la raison pour laquelle une clause de participation est insérée dans le bail et n'est pas rédigée comme un contrat accessoire.

[33] De l'aveu général, l'annulation de la clause de participation n'équivaut pas à l'annulation du bail, après quoi la propriété louée par le locataire est recédée au locateur, comme cela s'est produit dans *Westfair Foods Ltd. c. Canada*<sup>12</sup>. Le ministre et le juge de la Cour de l'impôt ont tous deux raison de soutenir que la clause de participation ne fait pas partie de la propriété à bail transférée à la contribuable par le locateur. Mais cette concession ne signifie pas que la clause de participation équivaut à un contrat «accessoire» ou «commercial», comme l'a maintenu le ministre et comme l'a effectivement admis le juge de la Cour de l'impôt.

[34] Le ministre ajoute que la rentrée de fonds en litige reflète simplement l'évaluation actuelle de revenus futurs recevables par la contribuable. Par conséquent, le ministre allègue qu'un paiement effectué en retour de l'abandon du droit à des profits futurs doit être imputable au revenu. Essentially, le ministre considère qu'une clause de participation équivaut à un contrat commercial ordinaire et donc que la règle de la substitution s'applique. Par conséquent, la somme de 9,25 millions de dollars reçue à titre d'indemnité pour l'annulation de la clause devrait être imposée de la même manière que le produit reçu au cours des années d'imposition 1981 à 1989. L'argument du ministre selon lequel le rachat n'a eu aucun effet sur les opérations commerciales normales de la contribuable vise à empêcher la contribuable de bénéficier de l'exception établie par l'arrêt *Fleming* et signalée précédemment. Cette exception ne peut s'appliquer que s'il peut être prouvé que l'annulation a eu des répercussions fondamentales sur l'entreprise du contribuable.

[35] En l'espèce, le rachat de la clause de participation n'a eu aucun effet sur les opérations commercia-

business operations. Nor did it affect the taxpayer's right to remain in possession under the lease. Its termination did not, for example, "cripple" the taxpayer's profit-making business at the Oshawa Shopping Centre. Thus, I readily concede that the *Fleming* exception has no application to the present case. But this concession does not end the matter, because I am also of the view that the trade contract analogy is inappropriate.

[36] In my respectful view, the participation clause is not only an integral component of the lease in question, but it also profoundly affects the value of a capital asset, namely, a leasehold estate in land. As stated in *London and Thames Haven*, an asset's profitability is an element to be considered in assessing its capital value. In this regard, the participation clause is intimately linked to a capital asset and its value. What the Minister fails to appreciate is that a tenant's lease is not simply a liability, as was asserted in oral argument. A leasehold interest in land also represents a capital asset, the value of which depends on both the terms of the lease and market conditions. For example, a tenant whose rent obligation is one-half the market rate has a valuable asset which can be sold by way of assignment, subject to any restriction protecting the interests of the landlord. Similarly, a lease which contains a participation clause is of even greater value, particularly if the shopping centre becomes profitable, as in the present case. Otherwise, the landlord would not have been willing to buy out the clause for \$9.25 million.

[37] In my respectful opinion, the buy-out of the participation clause had the obvious effect of diminishing the value of the taxpayer's capital asset by \$9.25 million. That is what the clause was worth to both the landlord and the taxpayer. I see no reason why this Court should not accept that compensation paid for the diminution in value of a leasehold estate is on capital account. The cancellation of the participation clause had as much effect on the value of the leasehold interest as would a fire, which partially destroys the

normales de la contribuable. Il n'a pas non plus affecté le droit de la contribuable de rester en possession des locaux en vertu du bail. Sa fin n'a pas, par exemple, «paralysé» l'entreprise rentable de la contribuable au centre commercial d'Oshawa. Ainsi, je concède aisément que l'exception établie par l'arrêt *Fleming* ne s'applique pas au cas présent. Mais cette concession ne met pas fin à l'affaire, parce que je suis également d'avis que l'analogie faite au contrat commercial n'est pas appropriée.

[36] À mon humble avis, la clause de participation ne fait pas seulement partie intégrante du bail en question, mais elle influe aussi considérablement sur la valeur d'un bien immobilisé, à savoir une propriété à bail. Comme il est mentionné dans *London and Thames Haven*, la rentabilité d'un bien est un élément à prendre en considération pour déterminer sa valeur en capital. À cet égard, la clause de participation est intimement liée à un bien immobilisé et à sa valeur. Ce que le ministre a omis d'apprécier, c'est que le bail d'un locataire n'est pas seulement une obligation, comme il a été affirmé au cours de la plaidoirie. Un droit foncier représente également un bien immobilisé, dont la valeur dépend à la fois des modalités du bail et des conditions du marché. Par exemple, le locataire dont le loyer à verser équivaut à la moitié du taux du marché possède un bien de grande valeur qui peut être vendu par transfert, sous réserve de toute restriction protégeant les droits du locateur. De même, le bail qui contient une clause de participation est encore d'une plus grande valeur, tout particulièrement si le centre commercial devient rentable, comme dans le cas présent. Sinon, le locateur n'aurait pas été disposé à racheter la clause pour la somme de 9,25 millions de dollars.

[37] À mon humble avis, le rachat de la clause de participation a eu pour effet évident de réduire la valeur du bien immobilisé de la contribuable de 9,25 millions de dollars. C'est ce que la clause valait tant pour le locateur que pour la contribuable. Je ne vois pas pourquoi la Cour ne devrait pas admettre que l'indemnité payée pour la diminution de la valeur d'une propriété à bail est imputable au capital. L'annulation de la clause de participation a eu autant d'effets sur la valeur du droit foncier qu'en aurait eu

premises. Since compensation for such a loss would be on capital account, the same should hold true for a voluntary loss arising from the cancellation of a contractual right which forms an integral component of a capital asset.

[38] At the end of the day, there are two sets of prescription lenses that can be used to determine whether compensation for the loss of future profits arising from the cancellation of a participation clause is on income or capital account. Using the Minister's prescription, the buy-out of the participation clause replaces an income source and is, therefore, an income receipt. According to the taxpayer's prescription, the buy-out diminishes the value of a capital asset for which compensation must be characterized as a capital receipt. Were it not for the fact that the participation clause in question is an integral component of the lease, the Minister's prescription would have been the only acceptable one.

[39] I would allow the appeal with costs here and in the Court below, set aside the judgment of the Tax Court of Canada dated June 24, 1996 and remit the matter back to the Minister for reassessment on the basis that the \$9.25 million was on capital account.

STRAYER J.A.: I agree.

LINDEN J.A.: I agree.

<sup>1</sup> [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.).

<sup>2</sup> [1988] 2 C.T.C. 111 (F.C.T.D.).

<sup>3</sup> See *The Queen v. Golden et al.*, [1986] 1 S.C.R. 209, at pp. 214-215.

<sup>4</sup> [1995] 3 S.C.R. 103, at p. 121.

<sup>5</sup> See *Ikea Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 196 and *Mohawk Oil Co. v. Canada*, [1992] 2 F.C. 485 (C.A.).

<sup>6</sup> *London and Thames Haven*, *supra*, note 1, at p. 134 (*per Diplock L.J.*).

<sup>7</sup> Compare *Mohawk Oil Co. v. Canada*, *supra*, note 5, where the principal issue was whether the proceeds amounted to a non-taxable "windfall".

<sup>8</sup> [1988] 2 C.T.C. 120 (F.C.T.D.).

<sup>9</sup> (1951), 33 T.C. 57 (Ct. of Sess.), at pp. 63-64.

un incendie qui aurait détruit partiellement les locaux. Puisque l'indemnité relative à une telle perte serait imputable au capital, ce devrait également être vrai dans le cas d'une perte volontaire découlant de l'annulation d'un droit contractuel qui fait partie intégrante d'un bien immobilisé.

[38] En fin de compte, il y a deux façons de voir pour établir si l'indemnité pour la perte de profits futurs découlant de l'annulation d'une clause de participation est imputable au revenu ou au capital. Si on recourt à celle du ministre, le rachat de la clause de participation remplace une source de revenu et elle est donc une rentrée de fonds. Selon celle de la contribuable, le rachat fait baisser la valeur d'un bien immobilisé pour lequel l'indemnité doit être considérée comme une rentrée de capital. N'eût été du fait que la clause de participation en question fait partie intégrante du bail, la façon de voir du ministre aurait été la seule acceptable.

[39] Je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens devant notre Cour et la Cour de juridiction inférieure, d'annuler la décision de la Cour canadienne de l'impôt en date du 24 juin 1996 et de renvoyer l'affaire au ministre pour qu'il établisse une nouvelle cotisation en tenant compte du fait que la somme de 9,25 millions de dollars était imputable au capital.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je suis d'accord.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je suis d'accord.

<sup>1</sup> [1967] 2 All E.R. 124 (C.A.).

<sup>2</sup> [1988] 2 C.T.C. 111 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>3</sup> Voir *La Reine c. Golden et autres*, [1986] 1 R.C.S. 209, aux p. 214 et 215.

<sup>4</sup> [1995] 3 R.C.S. 103, à la p. 121.

<sup>5</sup> Voir *Ikea Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 196; et *Mohawk Oil Co. c. Canada*, [1992] 2 C.F. 485 (C.A.).

<sup>6</sup> *London and Thames Haven*, précité, note 1, à la p. 134 (le lord juge Diplock).

<sup>7</sup> Comparer *Mohawk Oil Co. c. Canada*, précité, note 5, où la question principale était de savoir si le produit équivalait à un «profit inattendu» non imposable.

<sup>8</sup> [1988] 2 C.T.C. 120 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>9</sup> (1951), 33 T.C. 57 (Ct. of Sess.), aux p. 63 et 64.

<sup>10</sup> *Ikea Ltd., supra; Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147; and *Toronto College Park Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 183.

<sup>11</sup> [1997] 1 C.T.C. 2082 (T.C.C.), at p. 2087.

<sup>12</sup> [1991] 1 C.T.C. 146 (F.C.T.D.); affd [1991] 2 C.T.C. 343 (F.C.A.). In *Westfair Foods*, this Court held that payment for the termination of the taxpayer's two leases was "repayment for capital assets" and, therefore, a capital receipt.

<sup>10</sup> *Ikea Ltd.*, précité; *Canderel Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147; et *Toronto College Park Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 183.

<sup>11</sup> [1997] 1 C.T.C. 2082 (C.C.I.), à la p. 2087.

<sup>12</sup> [1991] 1 C.T.C. 146 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1991] 2 C.T.C. 343 (C.A.F.). Dans *Westfair Foods*, la Cour a statué que le paiement effectué pour la fin des deux baux de la contribuable était un «remboursement pour des biens immobilisés» et donc une rentrée de capital.

T-2408-96

T-2408-96

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(Applicant)

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

v.

c.

**Vladimir Katriuk** (Respondent)

**Vladimir Katriuk** (défendeur)

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

*RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) c. KATRIUK (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Nadon J.—Ottawa, May 13, 14, 15, 1998 and February 15, 1999; Montréal, May 19, 20, 21, 22, 25, 26, June 15, 16, July 2, 3; Toronto, June 11, 22 and 23, 1998.

Section de première instance, juge Nadon—Ottawa, 13, 14, 15 mai 1998 et 15 février 1999; Montréal, 19, 20, 21, 22, 25, 26 mai, 15, 16 juin, 2, 3 juillet; Toronto, 11, 22, 23 juin 1998.

*Practice — Discovery — Production of documents — Motion for stay of citizenship revocation proceedings on ground of non-disclosure of evidence — Immigration file, including permanent residence application wherein respondent allegedly making false representations routinely destroyed prior to institution of proceedings — Where prosecution losing evidence, Crown must satisfactorily explain what happened to it — Whether reasonable steps taken to preserve evidence consideration as to whether explanation satisfactory — Degree of care depending on degree of relevance — At time of destruction, no indication legal proceedings would be instituted with respect to respondent's immigration, citizenship status — As no allegations of false representation against respondent when file destroyed, evidence not seen as relevant.*

*Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Production de documents — Requête visant à faire suspendre des procédures de révocation de la citoyenneté fondée sur la non-divulgence de la preuve — Le dossier d'immigration renfermant notamment une demande de résidence permanente dans laquelle le défendeur avait censément fait de fausses déclarations avait fait l'objet d'une destruction d'usage avant l'introduction de l'instance — Dans les cas où il perd un élément de preuve, le ministère public a l'obligation d'expliquer d'une façon satisfaisante ce qui est arrivé à cet élément — Pour déterminer si l'explication est satisfaisante, il faut se demander si des mesures raisonnables ont été prises pour conserver la preuve — Plus la pertinence d'un élément de preuve est grande, plus le degré de diligence attendu est élevé — Au moment où le dossier avait été détruit, rien ne laissait croire qu'une procédure serait engagée relativement au statut du défendeur en ce qui concerne l'immigration et la citoyenneté — Étant donné qu'aucune allégation de fausse déclaration n'avait été faite à l'encontre du défendeur au moment où le dossier avait été détruit, la preuve n'était pas considérée comme pertinente.*

*Practice — Stay of proceedings — Motion for stay of citizenship revocation proceedings on ground of non-disclosure of evidence; unfairness; fact Rules changed in midst of proceedings — Immigration file, including permanent residence application wherein respondent allegedly making false representations routinely destroyed prior to institution of proceedings — Delay between filing of statement of claim, commencement of these proceedings not detrimental to defendant — Government cannot be faulted for choosing to proceed by revocation proceedings, instead of prosecution for war crimes — Not basis to grant stay that revocation proceedings not instituted against others named in Deschênes Commission Report — No merit to argument change of Rules justifying stay of proceedings.*

*Pratique — Suspension d'instance — Requête visant à faire suspendre des procédures de révocation de la citoyenneté fondée sur la non-divulgence de la preuve; sur le manque d'équité; sur le fait que les Règles avaient été modifiées au milieu de l'instance — Le dossier d'immigration renfermant notamment une demande de résidence permanente dans laquelle le défendeur avait censément fait de fausses déclarations avait fait l'objet d'une destruction d'usage avant l'introduction de l'instance — Le délai entre le dépôt de la déclaration et le déroulement de cette instance n'a pas causé de préjudice au défendeur — On ne saurait blâmer le gouvernement pour avoir décidé d'engager des procédures de révocation au lieu d'engager des poursuites fondées sur la perpétration de crimes de guerre — Aucun motif raisonnable ne justifiait la suspension de l'instance simplement parce qu'une procédure de révocation*

*Evidence — Canada Evidence Act, s. 39 according Crown power to refuse to disclose certain documents in situations where to do so would breach confidence of Queen's Privy Council — Respondent arguing use of s. 39 certificate inappropriate — Once s. 39 certificate issued, not open to Court to review documents to ensure government made reasonable decision — Only way to attack such certificate to attack wording as too vague — No such attack brought — Neither provision nor certificate challenged — As nothing in statute prohibiting use of certificate with respect to situation, proper use of certificate not supporting motion to stay proceedings.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Motion to stay citizenship revocation proceedings — As respondent's life, liberty, security not at stake, Charter, s. 7 not applicable.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality Rights — Respondent seeking stay of revocation of citizenship proceedings on ground discriminatory, breach of Charter, s. 15 to bring proceedings against him but not others named in Deschênes Commission Report — No reasonable basis for stay — That Commission may not have sufficient evidence to bring proceedings against everyone allegedly committing criminal acts not preventing Crown from proceeding against those with respect to whom has sufficient evidence.*

*Crown — Torts — Negligence — Routine destruction of inactive government files does not constitute negligence on government's part — Context: immigration application form destroyed not knowing citizenship revocation would subsequently be sought based on false representations in application.*

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Motion to stay revocation of citizenship proceedings — Motion based on ground of non-disclosure of evidence; unfairness; fact Rules changed in midst of*

*n'avait pas été engagée contre les autres personnes nommées dans le rapport de la Commission Deschênes — L'argument selon lequel la modification des Règles justifiait la suspension de l'instance n'était pas fondé.*

*Preuve — L'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada confère au ministère public le pouvoir de refuser de divulguer certains documents lorsque leur divulgation aurait pour effet de révéler un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine — Le défendeur avait soutenu que le recours à une attestation sous le régime de l'art. 39 était irrégulier — Une fois produite l'attestation visée par l'art. 39, le tribunal ne peut pas examiner les documents pour apprécier le caractère raisonnable de la décision du gouvernement — La seule façon d'attaquer cette attestation consiste à en contester le libellé en invoquant son imprécision — Aucune contestation de ce genre n'avait été entreprise — Ni la disposition en cause ni l'attestation n'avaient été contestées — Étant donné qu'aucune disposition de la loi ne faisait obstacle au recours à une attestation relativement à la situation du défendeur, l'utilisation régulière de l'attestation n'appuyait pas la requête visant à la suspension de l'instance.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Requête visant à faire suspendre des procédures de révocation de la citoyenneté — Étant donné que le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité du défendeur n'était pas menacé en l'espèce, l'art. 7 de la Charte ne pouvait être invoqué.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Le défendeur avait demandé la suspension des procédures de révocation de la citoyenneté pour le motif que le fait d'engager une procédure contre lui et non contre les autres personnes nommées dans le rapport de la Commission Deschênes constituait un acte discriminatoire et contrevenait à l'art. 15 de la Charte — Aucun motif raisonnable ne justifiait la suspension — Le fait que le ministère public ne possède peut-être pas de preuve suffisante pour engager des procédures toutes les personnes qui auraient commis des infractions criminelles n'empêche pas celui-ci d'engager des poursuites contre celles à l'égard desquelles il dispose d'une preuve suffisante.*

*Couronne — Responsabilité délictuelle — Négligence — La destruction courante de dossiers inactifs du gouvernement ne constitue pas de la négligence de la part du gouvernement — Le formulaire de demande d'immigration avait été détruit à un moment où l'on ne savait pas que la révocation de la citoyenneté serait subséquemment demandée compte tenu des fausses déclarations qui avaient été faites dans la demande.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Requête visant à faire suspendre des procédures de révocation de la citoyenneté — Requête fondée sur la non-divulgence de la preuve; sur le manque d'équité; sur*

*proceedings — Crown's explanation for destruction of evidence satisfactory given perceived relevance of file at time of destruction — Delay between filing statement of claim, unfolding of these proceedings not prejudicial — When multiple avenues of proceeding open to Crown, i.e. criminal prosecution, revocation of citizenship, Crown at liberty to pursue whichever avenue chooses — No basis to grant stay that revocation proceedings not instituted against all those named in Deschênes Commission Report.*

This was a motion for a stay of revocation of citizenship proceedings. The first ground was non-disclosure of evidence. The respondent's immigration file, including his application for permanent residence in Canada wherein, according to the applicant, the respondent had made false representations, was destroyed some years prior to the institution of these proceedings. Destruction of inactive government files was routine. The respondent argued that loss of such evidence prejudiced him as it prevented a full answer and defence, contrary to Charter, section 7. He also submitted that such destruction, without examining the nature of the documents, amounted to negligence on the part of the government. It was submitted that in 1958 when the respondent was granted his Canadian citizenship, having disclosed to immigration officials that he had entered Canada under a false name, the government was put on notice that his immigration application was an important document that should be preserved. The respondent also argued that the government's use of a certificate provided for in *Canada Evidence Act*, section 39 was inappropriate. Section 39 accords the Crown the power to refuse to disclose certain documents in situations where to do so would breach a confidence of the Queen's Privy Council of Canada. Finally, the respondent alleged that delay had exacerbated his non-disclosure problems. He submitted that in 1957, when the respondent notified immigration authorities that he had obtained his immigrant status on the basis of a false name, the authorities were put on notice that there was something wrong with his immigration application and they should have investigated at that stage. In 1951 collaborators were still a prohibited group of persons. The Deschênes Commission Report was issued in 1986. The statement of facts was not filed until October 1996.

The second ground raised by respondent was unfairness of the procedure adopted by the Crown. The respondent argued

*le fait que les Règles avaient été modifiées au milieu de l'instance — L'explication que le ministère public avait donnée pour avoir détruit un élément de preuve était satisfaisante étant donné qu'il n'existait aucune raison de considérer le dossier comme pertinent au moment où il avait été détruit — Le fait qu'il s'était écoulé un certain temps entre le dépôt de la déclaration et le déroulement de la procédure n'était pas préjudiciable — Lorsque plusieurs voies de recours s'offrent à la Couronne, comme des poursuites criminelles ou la révocation de la citoyenneté, celle-ci est libre de suivre celle de son choix — Aucun motif raisonnable ne justifiait la suspension de l'instance simplement parce qu'une procédure de révocation n'avait pas été engagée contre toutes les personnes nommées dans le rapport de la Commission Deschênes.*

Il s'agissait d'une requête visant à faire suspendre des procédures de révocation de la citoyenneté. Le premier motif invoqué se rapportait au fait qu'un élément de preuve n'avait pas été divulgué. Le dossier d'immigration du défendeur, y compris sa demande de résidence permanente au Canada dans laquelle le défendeur aurait, selon le demandeur, fait de fausses déclarations, avait été détruit quelques années avant l'introduction de l'instance. Les dossiers gouvernementaux étaient habituellement détruits. Le défendeur a soutenu que la perte de pareil élément de preuve lui causait un préjudice étant donné que cela l'empêchait de présenter une défense pleine et entière, ce qui violait l'art. 7 de la Charte. Il a également fait valoir que cette destruction, sans tenir compte de la nature des documents, constituait de la négligence de la part du gouvernement. Il a été soutenu qu'en 1958, lorsque le défendeur avait obtenu la citoyenneté canadienne et qu'il avait révélé aux agents d'immigration qu'il était entré au Canada sous un faux nom, le gouvernement était au fait que la demande d'immigration du défendeur constituait un document important et qu'elle devait être conservée. Le défendeur a également soutenu que le recours par le gouvernement à une attestation sous le régime de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* était irrégulier. L'article 39 confère au ministère public le pouvoir de refuser de divulguer certains documents lorsque leur divulgation aurait pour effet de révéler un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Enfin, le défendeur a allégué que le retard avait amplifié les problèmes que lui avait causé la non-divulgaration. Il a soutenu qu'en 1957, lorsqu'il avait avisé les fonctionnaires de l'immigration qu'il avait obtenu son statut d'immigration en utilisant un faux nom, les autorités avaient été mises au fait de l'irrégularité de sa demande d'immigration et qu'elles auraient alors dû mener une enquête. En 1951, les collaborateurs constituaient encore une catégorie de personnes non admissibles. Le rapport de la Commission Deschênes a été publié en 1986. L'exposé des faits n'a été déposé qu'en octobre 1996.

Le deuxième motif invoqué par le défendeur était le caractère inéquitable de la procédure choisie par le ministère

that the Crown, because it was alleging that the fraud committed by the respondent was in not disclosing that he had committed war crimes or crimes against humanity when he applied to enter Canada, should have pursued the respondent directly on the basis that he had committed such crimes contrary to the *Criminal Code*. The respondent also submitted that bringing this proceeding against him and not against others named in the Deschênes Commission Report was discriminatory and a violation of Charter, section 15.

The third ground urged in support of this stay application was that the *Federal Court Rules* had changed in the midst of the proceedings.

*Held*, the motion should be denied.

(1) As the respondent's "life, liberty and security" were not at stake in these proceedings, Charter, section 7 could not be invoked. These proceedings were civil in nature and consequently the rules of evidence applicable to civil matters were the relevant ones.

Since the respondent's immigration documents were destroyed and not misplaced, the present matter would seem more correctly characterized as the inadvertent destruction of evidence. When the prosecution has lost evidence that should have been disclosed, the Crown has a duty to explain what happened to it. So long as the explanation is satisfactory, the Crown's constitutional obligation to disclose is discharged. If the explanation does not satisfy the Trial Judge, there will be a breach of the Charter. The main consideration in determining whether the Crown's explanation is satisfactory is whether the Crown or the police took reasonable steps to preserve the evidence for disclosure. Another circumstance is the relevance that the evidence was perceived to have had at the time. As the relevance of the evidence increases, so does the degree of care for its preservation that is expected on the part of the police. Destruction was routine for inactive government files, and at the time of the destruction there was no indication that any legal proceedings would ever be instituted with respect to the respondent's immigration or citizenship status. On the issue of the evidence's relevance, the missing documents would have been equally valuable and determinative to both parties.

Since the respondent was given landed immigrant status in 1951 and granted citizenship in 1958, no government official could be negligent in failing to accord the respondent's immigration application form any further importance. At that time, there were no allegations of false representations against the respondent. There was no reason to see the

public. Le défendeur a soutenu que le ministère public, selon les allégations duquel la fraude qu'il avait commise consistait à ne pas avoir divulgué qu'il avait commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité lorsqu'il avait présenté une demande en vue d'entrer au Canada, aurait dû le poursuivre directement en vertu du *Code criminel* relativement à la perpétration de tels crimes. Le défendeur a également fait valoir que le fait d'engager une procédure contre lui et non contre les autres personnes nommées dans le rapport de la Commission Deschênes constituait un acte discriminatoire et contrevenait à l'article 15 de la Charte.

Le troisième motif sur lequel s'appuyait le défendeur pour demander l'arrêt des procédures tenait au fait que les *Règles de la Cour fédérale* avaient été modifiées au milieu de l'instance.

*Jugement*: la requête est rejetée.

1) Étant donné que le «droit à la vie, à la liberté et à la sécurité» n'était pas menacé en l'espèce, l'article 7 de la Charte ne pouvait pas être invoqué. La procédure était de nature civile et les règles de preuve pertinentes étaient celles applicables en matière civile.

Étant donné que les documents d'immigration du défendeur n'avaient pas été égarés, mais détruits, il semblait plus juste de considérer qu'en l'espèce, la preuve avait été détruite par inadvertance. Dans les cas où il perd un élément de preuve qui aurait dû être divulgué, le ministère public a l'obligation d'expliquer ce qui est arrivé à cet élément. En autant qu'il donne une explication satisfaisante, le ministère public s'acquitte de son obligation constitutionnelle de divulgation. Il y aura violation de la Charte si l'explication ne convainc pas le juge du procès. La principale considération, lorsqu'il s'agit de déterminer si l'explication du ministère public est satisfaisante, est la question de savoir si le ministère public ou la police a pris des mesures raisonnables pour conserver la preuve en vue de sa divulgation. Un facteur qui doit être pris en considération est la pertinence qu'on accordait alors à l'élément de preuve en cause. Plus la pertinence d'un élément de preuve est grande, plus le degré de diligence attendu des policiers pour conserver cette preuve est élevé. Les dossiers gouvernementaux inactifs étaient habituellement détruits; de plus, au moment où le dossier a été détruit, rien ne laissait croire qu'une procédure judiciaire serait engagée relativement au statut du défendeur en ce qui concerne l'immigration et la citoyenneté. Quant à la pertinence de la preuve, les documents manquants auraient eu la même valeur et auraient été aussi déterminants pour les deux parties.

Étant donné que le défendeur a obtenu le statut d'immigrant reçu en 1951 et la citoyenneté en 1958, aucun fonctionnaire du gouvernement ne peut avoir fait preuve de négligence en n'accordant plus d'importance à la formule de demande d'immigration du défendeur. À l'époque, il n'existait aucune allégation de fausses déclarations contre le

evidence as being relevant at the time of its destruction. The routine destruction of inactive government files does not constitute negligence on the government's part.

Once a section 39 certificate is issued, it is not open to the Court to review the documents to ensure that the government has made a reasonable decision. The only mode of attacking such a certificate is to attack its wording as being too vague. No such attack was brought, and there was no challenge to the provision itself or to the certificate. As nothing within the statute prohibits the use of such a certificate with respect to the respondent's situation and the portions of the Deschênes Commission Report which were excluded from disclosure by reason of the certificate, the proper use of such a certificate did not support the respondent's motion to stay these proceedings.

The only delay of concern to the Court was that between the filing of the statement of claim in October 1996 and the unfolding of these proceedings in 1997 and 1998. It could not be concluded that the respondent has suffered due to an undue delay in this matter.

The government could not be faulted for choosing to proceed as it did. That a criminal procedure was available was irrelevant. When multiple avenues of proceeding are open to the Crown, the Crown is at liberty to pursue whichever avenue it chooses.

That revocation proceedings were not instituted against all those named in the Deschênes Commission Report was not a reasonable basis upon which to grant a stay. It would be logically inconsistent to say that the Crown cannot institute revocation proceedings against those with respect to whom the Crown believes it has sufficient evidence simply because it does not have sufficient evidence to bring proceedings against everyone who has allegedly committed criminal acts.

There was no merit to the argument that the change of Rules justify a stay in that the new Rules make Mr. Katriuk a defendant instead of a respondent.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 39.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 15(1).  
*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 18.

défendeur. Il n'existait aucune raison de considérer l'élément de preuve comme pertinent au moment où il avait été détruit. La destruction courante de dossiers inactifs du gouvernement ne constitue pas de la négligence de la part du gouvernement.

Une fois produite l'attestation visée par l'article 39, le tribunal ne peut pas examiner les documents pour apprécier le caractère raisonnable de la décision du gouvernement. La seule façon d'attaquer cette attestation consiste à en contester le libellé en invoquant son imprécision. Aucune contestation de ce genre n'avait été entreprise et ni la disposition en cause ni l'attestation n'avaient été contestées. Étant donné qu'aucune disposition de la loi ne faisait obstacle au recours à une attestation relativement à la situation du défendeur et aux passages du rapport de la Commission Deschênes qui avaient été exclus de la divulgation au moyen d'une attestation, l'utilisation régulière d'une telle attestation n'appuyait pas la requête présentée par le défendeur en vue d'obtenir la suspension de l'instance.

Le seul délai dont la Cour s'est préoccupé est le temps qui s'est écoulé entre le dépôt de la déclaration, en 1996, et le déroulement de la procédure en 1997-1998. Il était impossible de conclure qu'un délai déraisonnable avait nui au défendeur en l'espèce.

On ne saurait blâmer le gouvernement pour avoir choisi de procéder comme il l'a fait. Le fait qu'il aurait été possible d'engager une poursuite criminelle n'est pas pertinent. Lorsque plusieurs voies de recours s'offrent à la Couronne, celle-ci est libre de suivre celle de son choix.

Aucun motif raisonnable ne justifiait la suspension de l'instance simplement parce qu'une procédure de révocation n'avait pas été engagée contre toutes les personnes nommées dans le rapport de la Commission Deschênes. Il serait illogique d'affirmer que le ministère public ne peut pas engager une procédure de révocation contre les personnes à l'égard desquelles il croit disposer d'une preuve suffisante uniquement parce qu'il ne possède pas d'éléments de preuve suffisants contre chacune des personnes qui auraient commis des infractions criminelles.

L'argument selon lequel la modification des Règles devrait entraîner la suspension de l'instance parce que M. Katriuk est devenu un défendeur plutôt qu'un intimé, par application des nouvelles Règles, n'était pas fondé.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 15(1).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 920.  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, Part 4.

*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 18.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5,  
 art. 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 920.  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106,  
 partie 4.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Luitjens v. Canada (Secretary of State)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149; 142 N.R. 173 (F.C.A.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Dueck*, [1998] 2 F.C. 614; (1997), 139 F.T.R. 262; 41 Imm. L.R. (2d) 259 (T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Copeland*, [1998] 2 F.C. 493; (1997), 140 F.T.R. 183 (T.D.); *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680; (1997), 200 A.R. 81; 148 D.L.R. (4th) 608; [1997] 8 W.W.R. 1; 51 Alta. L.R. (3d) 181; 116 C.C.C. (3d) 97; 8 C.R. (5th) 155; 213 N.R. 1; *R. v. La (H.K.) et al.* (1996), 181 A.R. 192 (C.A.); *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; (1994), 112 D.L.R. (4th) 513; 88 C.C.C. (3d) 417; 28 C.R. (4th) 265; 20 C.R.R. (2d) 1; 165 N.R. 1; 70 O.A.C. 241; confg *R. v. Finta* (1992), 92 D.L.R. (4th) 1; 73 C.C.C. (3d) 65; 14 C.R. (4th) 1; 9 C.R.R. (2d) 91; 53 O.A.C. 1 (Ont. C.A.).

## DISTINGUISHED:

*R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; (1997), 142 D.L.R. (4th) 595; 112 C.C.C. (3d) 289; 4 C.R. (5th) 139; 41 C.R.R. (2d) 189; 98 O.A.C. 81; 207 N.R. 321.

## CONSIDERED:

*Saskatchewan Human Rights Commission v. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143; [1989] 5 W.W.R. 1; 77 Sask. R. 94; 89 CLLC 17,027 (Sask. C.A.).

## REFERRED TO:

*Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1996] 2 F.C. 483; (1996), 110 F.T.R. 1 (T.D.).

## AUTHORS CITED

Canada. Commission of Inquiry on War Criminals. *Report*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1986 (Commissioner: J. Deschênes).

MOTION for a stay of proceedings, on various grounds, in a citizenship revocation reference. Motion denied.

## APPEARANCES:

*David Lucas and Martine Valois* for applicant.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Luitjens c. Canada (Secrétariat d'État)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149; 142 N.R. 173 (C.A.F.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Dueck*, [1998] 2 C.F. 614; (1997), 139 F.T.R. 262; 41 Imm. L.R. (2d) 259 (1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Copeland*, [1998] 2 C.F. 493; (1997), 140 F.T.R. 183 (1<sup>re</sup> inst.); *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680; (1997), 200 A.R. 81; 148 D.L.R. (4th) 608; [1997] 8 W.W.R. 1; 51 Alta. L.R. (3d) 181; 116 C.C.C. (3d) 97; 8 C.R. (5th) 155; 213 N.R. 1; *R. v. La (H.K.) et al.* (1996), 181 A.R. 192 (C.A.); *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; (1994), 112 D.L.R. (4th) 513; 88 C.C.C. (3d) 417; 28 C.R. (4th) 265; 20 C.R.R. (2d) 1; 165 N.R. 1; 70 O.A.C. 241; conf. *R. v. Finta* (1992), 92 D.L.R. (4th) 1; 73 C.C.C. (3d) 65; 14 C.R. (4th) 1; 9 C.R.R. (2d) 91; 53 O.A.C. 1 (C.A. Ont.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; (1997), 142 D.L.R. (4th) 595; 112 C.C.C. (3d) 289; 4 C.R. (5th) 139; 41 C.R.R. (2d) 189; 98 O.A.C. 81; 207 N.R. 321.

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Saskatchewan Human Rights Commission v. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143; [1989] 5 W.W.R. 1; 77 Sask. R. 94; 89 CLLC 17,027 (C.A. Sask.).

## DÉCISION MENTIONNÉE:

*Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1996] 2 C.F. 483; (1996), 110 F.T.R. 1 (1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE

Canada. Commission d'enquête sur les criminels de guerre, *Rapport*. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1986 (Commissaire: J. Deschênes).

REQUÊTE visant à faire suspendre l'instance, pour divers motifs, dans un renvoi relatif à la révocation de la citoyenneté. Requête rejetée.

## ONT COMPARU:

*David Lucas et Martine Valois* pour le demandeur.

*Orest H. T. Rudzik and Nestor Woychyshyn* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

*Orest H. T. Rudzik*, Toronto, for respondent.

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

[1] NADON J.: On January 29, 1999, I issued two orders. One of these orders dismissed the respondent's motion for a stay of these proceedings. These are my reasons for that order.

[2] The respondent brought a motion for a stay of these proceedings on the following grounds: non-disclosure of evidence; fairness of the proceedings; and the fact that the *Federal Court Rules* had changed mid-way through these proceedings.

[3] Under the ground of non-disclosure of evidence, counsel argued that the destruction and/or loss of documents on the part of the government prejudiced his client who was unable to present a full answer and defence, contrary to section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter). This argument arises from the fact that the respondent's immigration file, including his application for permanent residence in Canada wherein, according to the Minister he made false representations, had been destroyed some years prior to the institution of these proceedings. There is no direct evidence surrounding the destruction of this particular file, however, the evidence shows that destruction was routine for inactive government files and that, at the time of the destruction, there was no indication that any legal proceedings would ever be instituted with respect to Mr. Katriuk's immigration or citizenship status. It is the respondent's position that such destruction, without regard to what was being destroyed, i.e. without examining the nature of the documents, amounts to negligence on the part of the government. Counsel added that by 1958, when Mr. Katriuk was

*Orest H. T. Rudzik et Nestor Woychyshyn* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.

*Orest H. T. Rudzik*, Toronto, pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE NADON: Le 29 janvier 1999, j'ai délivré deux ordonnances. L'une d'elles rejetait la requête présentée par le défendeur en vue d'obtenir la suspension de l'instance. Voici les motifs à l'appui de cette ordonnance.

[2] Le défendeur a présenté une requête en vue d'obtenir la suspension de l'instance pour les motifs suivants: non-divulgence de la preuve, équité procédurale et modification des *Règles de la Cour fédérale* au milieu de l'instance.

[3] En ce qui concerne la non-divulgence de la preuve, l'avocat a soutenu que la destruction ou la perte de documents par le gouvernement a causé un préjudice à son client, qui n'a pas été en mesure de présenter une défense pleine et entière comme le lui garantit l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte). Cet argument s'appuie sur le fait que le dossier d'immigration du défendeur, y compris sa demande de résidence permanente au Canada dans laquelle il aurait, selon le ministre, fait de fausses déclarations, a été détruit quelques années avant l'introduction de l'instance. Aucune preuve directe concernant la destruction de ce dossier en particulier n'a été produite. Cependant, la preuve démontre que les dossiers gouvernementaux inactifs sont habituellement détruits et qu'au moment de la destruction du dossier rien ne laissait croire qu'une poursuite judiciaire serait un jour engagée relativement au statut de M. Katriuk en ce qui concerne l'immigration et la citoyenneté. Le défendeur fait valoir que cette destruction, sans égard à ce qui a été détruit, c'est-à-dire sans tenir compte de la nature des docu-

given his Canadian citizenship and had disclosed to immigration officials that he had entered Canada under a false name, the government was on notice that his application for immigration was an important document and it should therefore have been preserved.

[4] In support of his motion for a stay, counsel relied on the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80. The issue in *Carosella* was the effect of the intentional destruction of notes taken during an interview between a counselor of the Sexual Assault Crisis Centre (the Centre) and the complainant. The interview occurred prior to the complainant contacting the police. The destruction of the notes occurred prior to any application being brought before the Court for their production and was done pursuant to the Centre's general policy of destroying the contents of files when the police were involved. The Centre admitted that its policy was put in place specifically to avoid having to produce such notes to the courts. The shredding of the notes was done without the consent or prior knowledge of the complainant who had agreed to the release of the notes. Sopinka J., writing for the majority of five judges, states, at page 100:

. . . entitlement of an accused person to production whether from the Crown or third parties is a constitutional right. See *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 325 and *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411. Breach of this right entitles the accused person to a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. Remedies range from one or several adjournments to a stay of proceedings. To require the accused to show that the conduct of his or her defence was prejudiced would foredoom any application for even the most modest remedy where the material has not been produced. It would require the accused to show how the defence would be affected by the absence of material which the accused has not seen.

[5] In my view, neither the Supreme Court's decision in *Carosella*, nor section 7 of the *Charter*, are applicable in the present matter. In *Luitjens v. Canada*

ments, constitue de la négligence de la part du gouvernement. L'avocat a ajouté qu'en 1958, lorsque M. Katriuk a obtenu la citoyenneté canadienne et qu'il a révélé aux agents d'immigration qu'il était entré au Canada sous un faux nom, le gouvernement était au fait que sa demande d'immigration constituait un document important et qu'elle devait donc être consignée.

[4] À l'appui de sa requête visant à obtenir la suspension de l'instance, l'avocat a invoqué l'arrêt *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, de la Cour suprême du Canada. L'affaire *Carosella* portait sur l'effet de la destruction intentionnelle de notes prises au cours d'un entretien entre une travailleuse sociale du Centre d'aide aux victimes d'agression sexuelle (le Centre) et la plaignante. L'entretien a eu lieu avant que la plaignante communique avec la police. La destruction des notes est survenue avant que le tribunal soit saisi d'une demande visant leur production, et on y a procédé en conformité avec la politique générale du Centre, qui consistait à détruire le contenu des dossiers lorsque les policiers entraient en jeu. Le Centre a reconnu avoir adopté cette politique dans le but précis d'éviter la production de ce type de notes devant les tribunaux. Le déchetage des notes a été effectué sans que la plaignante, qui avait accepté de les divulguer, y consente ou en soit informée au préalable. Le juge Sopinka, qui a rédigé l'opinion des cinq juges de la majorité, a tenu les propos qui suivent, à la page 100:

Le droit d'un accusé d'obtenir la production de documents par le ministère public ou par des tierces parties est un droit constitutionnel. Voir les arrêts *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, et *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411. En cas de violation de ce droit, l'accusé a le droit d'obtenir une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Ces réparations vont de l'ajournement, unique ou multiple, à l'arrêt des procédures. Exiger de l'accusé qu'il prouve qu'il a été lésé dans sa défense vouerait à l'échec toute demande de réparation, même celles sollicitant la plus modeste des réparations, lorsque les documents n'ont pas été produits. Cela aurait pour effet d'obliger l'accusé à démontrer de quelle manière sa défense serait touchée par l'absence de documents qu'il n'a pas vus.

[5] Selon moi, ni l'arrêt *Carosella* de la Cour suprême, ni l'article 7 de la *Charte* ne s'appliquent en l'espèce. Dans l'arrêt *Luitjens c. Canada (Secrétaire*

(*Secretary of State*) (1992), 9 C.R.R. (2d) 149, Linden J.A., speaking for the Federal Court of Appeal, explained that section 7 of the Charter did not apply to proceedings under section 18 of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29. At page 152, he says:

I am of the view that s. 7 does not render s. 18(3) of no force and effect. First, *at the time of the decision of the Court, at least*, s. 7 was not engaged in that there was not yet any deprivation of Mr. Luitjens' "life, liberty and security of the person". All that was decided by the trial judge was the fact that Mr. Luitjens obtained his Canadian citizenship by false representation. This finding may well form the basis of decisions by others, which *may* interfere with those rights *at some future time*, but this decision does not do so. Therefore, it is merely one stage of a proceeding which may or may not result in a final revocation of citizenship and deportation or extradition.

[6] In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Dueck*, [1998] 2 F.C. 614 (T.D.), the respondent applied for directions in respect of the reference under section 18 of the *Citizenship Act*. The respondent argued that, since the revocation proceedings instituted by the Minister were a guise under which to prosecute him for alleged war crimes, he should be afforded the procedural, evidentiary and Charter protections normally reserved for the criminal process. Noël J., in reaching his conclusion, described the nature of revocation proceedings as non-punitive at page 633 of his decision:

The taking back by the state of a privilege on the ground that it was originally acquired by fraud based on a remedy provided by statute for that sole purpose is not punishment. The remedy involved is no more punitive than would be, for instance, the one pursued by an insurance company which sues an insured to obtain the cancellation of a policy on the ground that it was originally obtained by fraud, misrepresentation, or as a result of the willful omission of a material fact. In both cases, the remedy is limited to taking back that to which there was never any entitlement.

[7] Mr. Justice Noël agreed with the view taken by Madam Justice McGillis in *Canada (Minister of*

*d'État*) (1992), 9 C.R.R. (2d) 149, le juge Linden a expliqué, au nom de la Cour d'appel fédérale, que l'article 7 de la Charte ne s'applique pas aux instances introduites sous le régime de l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29. À la page 152, il a précisé:

Je considère que l'art. 7 ne supprime pas la force exécutoire du paragraphe 18(3). Tout d'abord, *au moment où la Cour a rendu sa décision, au moins*, l'art. 7 n'était pas en cause parce que l'on n'avait pas encore porté atteinte au droit de M. Luitjens «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne». Le juge de première instance a simplement statué que M. Luitjens avait obtenu la citoyenneté canadienne par fausse déclaration. Cette conclusion pourrait peut-être bien servir de fondement aux décisions d'autres tribunaux, qui *pourraient* porter atteinte *ultérieurement* à ce droit, mais cela n'est pas le cas de la décision dont il est question en l'espèce. Il ne s'agit donc que d'une étape d'une action qui peut aboutir ou non à la révocation définitive de la citoyenneté et à l'expulsion ou l'extradition de l'intéressé.

[6] Dans la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Dueck*, [1998] 2 C.F. 614 (1<sup>re</sup> inst.), l'intimé a demandé des directives relativement à un renvoi en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté*. L'intimé a fait valoir que la procédure de révocation de sa citoyenneté engagée par le ministre visait en fait à le poursuivre pour de prétendus crimes de guerre et que, par conséquent, il devait bénéficier de la protection des règles de procédure, des règles de preuve ainsi que de la Charte, normalement réservée aux matières pénales. Avant d'énoncer sa conclusion, le juge Noël a expliqué que la procédure de révocation n'était pas de nature punitive, à la page 633:

La révocation par l'État d'un privilège pour le motif que celui-ci a été acquis à l'origine par fraude, laquelle révocation est fondée sur une mesure de redressement prévue par la loi exclusivement à cette fin, n'est pas une punition. Le remède n'est pas plus punitif que ne le serait, par exemple, la mesure adoptée par une compagnie d'assurances qui poursuit en justice un assuré en vue de l'annulation du contrat pour le motif que celui-ci a été obtenu à l'origine par fraude, fausse déclaration ou dissimulation volontaire de faits essentiels. Dans l'un et l'autre cas, la mesure de redressement se limite à la révocation de quelque chose auquel l'intéressé n'a jamais eu droit.

[7] Le juge Noël partageait l'opinion exprimée par M<sup>me</sup> le juge McGillis dans la décision *Canada (Minis-*

*Citizenship and Immigration*) v. *Copeland*, [1998] 2 F.C. 493 (T.D.) that revocation proceedings are civil in nature. At page 510, McGillis J. states:

... I am satisfied that the basic interpretive principles enunciated in *Ahani v. Canada*, *supra*, are applicable to citizenship matters. I have therefore concluded that the scope of the proceedings under section 18 of the *Citizenship Act* must be analysed in the context of principles and policies underlying immigration and citizenship law, and not in the criminal law context. Indeed, as indicated earlier, a judge conducting a reference under section 18 of the *Citizenship Act* makes only a factual finding concerning the circumstances under which a person obtained his Canadian citizenship. To paraphrase my words in *Ahani v. Canada*, *supra*, that factual finding is purely and simply a citizenship matter. In the circumstances, I agree with Collier J. in *Canada (Secretary of State) v. Luitjens*, *supra*, that a reference conducted under section 18 of the *Citizenship Act* is in the nature of a civil proceeding in which the civil standard of proof applies.

[8] As the respondent's "life, liberty and security" are not at stake in these proceedings, section 7 of the Charter cannot be invoked. These proceedings are civil in nature and consequently, the rules of evidence applicable to civil matters are the relevant rules.

[9] In any event, even if I am wrong, I am still of the view that *Carosella* is of no help to the respondent. In *Carosella*, the Court's decision stems from the Centre's decision to obstruct the course of justice by deliberately destroying the contents of its files. In *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680, Mr. Justice Sopinka who delivered the reasons of the majority in *Carosella* makes this crystal clear at pages 693-694:

The appellant sought to draw a parallel between this case and *Carosella* which was released immediately before the hearing of this appeal. The two cases, however, are clearly distinguishable. In *Carosella*, the documents which were destroyed were relevant and subject to disclosure under the test in *O'Connor*, *supra*. The conduct of the Sexual Assault Crisis Centre destroyed the accused's right under the Charter to have those documents produced. That amounted to a serious breach of the accused's constitutional rights and a stay was, in the particular circumstances, the only appro-

*tre de la Citoyenneté et de l'Immigration*) c. *Copeland*, [1998] 2 C.F. 493 (1<sup>re</sup> inst.), selon laquelle la procédure de révocation est de nature civile. Voici ce qu'elle dit à la page 510:

[...] je suis convaincue que les principes d'interprétation fondamentaux énoncés dans la décision *Ahani c. Canada*, précitée, s'appliquent en matière de citoyenneté. J'ai donc conclu que la portée de la procédure prévue à l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté* doit être analysée dans le contexte des principes et des politiques qui sous-tendent les règles de droit relatives à l'immigration et à la citoyenneté, et non dans le contexte du droit criminel. En fait, comme je l'ai déjà mentionné, le juge qui préside un renvoi en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté* tire uniquement une conclusion de fait concernant les circonstances dans lesquelles une personne a acquis la citoyenneté canadienne. Pour paraphraser mes propos dans la décision *Ahani c. Canada*, précitée, cette conclusion de fait est purement et simplement une question d'immigration. En l'espèce, je souscris à l'opinion exprimée par le juge Collier dans la décision *Canada (Secrétaire d'État) c. Luitjens*, précitée, selon laquelle un renvoi formé en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté* est de nature civile et on doit lui appliquer la norme de la preuve en matière civile.

[8] Étant donné que le droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne» du défendeur n'est pas menacé en l'espèce, l'article 7 de la Charte ne peut être invoqué. La procédure est de nature civile et les règles de preuve pertinentes sont les celles applicables en matière civile.

[9] Quoi qu'il en soit, même si je faisais erreur, je demeure d'avis que l'arrêt *Carosella* n'est d'aucun secours pour le défendeur. Dans l'affaire *Carosella*, la décision de la Cour découle de la décision du Centre de faire obstruction à la justice en détruisant délibérément le contenu de ses dossiers. Dans l'arrêt *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680, le juge Sopinka, qui a rédigé l'opinion de la majorité dans *Carosella*, le précise très clairement, aux pages 693 et 694:

L'appelant a cherché à établir un parallèle entre le présent cas et l'affaire *Carosella*, arrêt rendu tout juste avant le début de l'audition du présent pourvoi. Cependant, il existe une distinction très nette entre les deux affaires. Dans *Carosella*, les documents détruits étaient pertinents et devaient être divulgués en vertu du critère établi dans *O'Connor*, précité. La conduite du centre d'aide aux victimes d'agression sexuelle avait fait perdre à l'accusé le droit que lui garantit la Charte d'obtenir la production de ces documents. Cette situation constituait une atteinte grave

ropriate remedy. Where, however, the evidence has been inadvertently lost, the same concerns about the deliberate frustration of the court's jurisdiction over the admission of evidence do not arise. As the following passage from the majority judgment (at para. 56) attests, we expressly distinguished the case from the lost evidence cases generally:

The justice system functions best and instils public confidence in its decisions when its processes are able to make available all relevant evidence which is not excluded by some overriding public policy. Confidence in the system would be undermined if the administration of justice condoned conduct designed to defeat the processes of the court. The agency made a decision to obstruct the course of justice by systematically destroying evidence which the practices of the court might require to be produced. This decision is not one for the agency to make. Under our system, which is governed by the rule of law, decisions as to which evidence is to be produced or admitted is for the courts. It is this feature of the appeal in particular that distinguishes this case from lost evidence cases generally. [Emphasis added.]

[10] In *R. v. La*, Sopinka J., for the majority, distinguishes cases where there is an intentional destruction of evidence and “lost evidence cases”. In the present matter, the documents sought, through no deliberate action on the part of the Crown, are simply not available for production. Although not a “lost evidence case” *per se*, since the respondent's immigration documents were destroyed and not misplaced, the present matter would seem more correctly characterized as the inadvertent and not deliberate destruction of evidence and, thus, it is more appropriate to apply the analysis espoused in *R. v. La* than the analysis provided in *Carosella*.

[11] In *R. v. La*, the Crown had relevant evidence in its possession which it later lost. The police found the complainant, a 13-year-old runaway, in the vehicle of a man who was subsequently charged with sexual assault. Prior to the commencement of the criminal investigation, the complainant had a 45-minute taped

aux droits garantis à l'accusé par la Constitution et, dans les circonstances particulières de cette affaire, l'arrêt des procédures était la seule réparation convenable. Par contre, dans les cas où un élément de preuve est perdu par inadvertance, les mêmes inquiétudes ne se soulèvent pas en ce qui concerne la création de propos délibéré d'obstacles à l'exercice par les tribunaux de leurs pouvoirs en matière d'admission de la preuve. Comme en témoigne cet extrait du jugement de la majorité dans cette affaire (au par. 56), nous avons expressément distingué ce cas des affaires d'éléments de preuve perdus en général:

Le système de justice fonctionne le mieux et ses décisions inspirent confiance au public lorsque ses mécanismes permettent de rendre disponibles tous les éléments de preuve pertinents qui ne sont pas par ailleurs exclus en raison d'une politique d'intérêt public prépondérante. La confiance dans le système serait minée si l'administration de la justice excusait les comportements visant à contrecarrer les procédures des tribunaux. L'organisme a pris la décision d'entraver le cours de la justice en détruisant systématiquement des éléments de preuve dont la production pourrait être requise en raison des pratiques des tribunaux. Ce n'est pas une décision qui relève de l'organisme. Dans notre système, qui est régi par la primauté du droit, c'est aux tribunaux qu'il appartient de décider quels sont les éléments de preuve qui doivent être produits ou admis. C'est cet aspect particulier du présent pourvoi qui distingue le présent cas des affaires d'éléments de preuve perdus en général. [Je souligne.]

[10] Dans l'arrêt *R. c. La*, le juge Sopinka a distingué, au nom de la majorité, les affaires dans lesquelles la preuve est détruite intentionnellement de celles concernant des «éléments de preuve perdus». En l'espèce, les documents demandés ne peuvent tout simplement pas être produits et cette situation n'est pas attribuable à un acte délibéré de la Couronne. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une affaire concernant des «éléments de preuve perdus», au sens strict, les documents d'immigration du défendeur n'ayant pas été égarés, mais détruits, il semble plus juste que la Cour qualifie l'affaire dont elle est saisie comme concernant la destruction d'éléments de preuve par inadvertance, et non de propos délibéré. Il convient donc d'appliquer l'arrêt *R. c. La* plutôt que l'arrêt *Carosella*.

[11] Dans l'arrêt *R. c. La*, la Couronne avait en sa possession des éléments de preuve qu'elle a perdu par la suite. Les policiers ont trouvé la plaignante, une fugueuse de 13 ans, dans le véhicule d'un homme qui a plus tard été accusé d'agression sexuelle. Avant le début de l'enquête criminelle, la plaignante a eu une

conversation with the police in preparation for a secure treatment application. Because the conversation was being taped, the constable only took written notes of the complainant's date of birth, address and phone numbers. However, the constable testified at Family Court, in making his application for a secure treatment order, that the taped interview related to the complainant's life on the run and her forced entry into prostitution. At the time of the preliminary inquiry, the constable had forgotten about the initial taped conversation with the complainant and then, between the date of the interview and the trial, misplaced the tape. However, close to a week after the taped interview, the constable asked the complainant and two girls he discovered to have been part of the same prostitution network to fill out police witness statement forms asking them to describe their life on the street and he followed the forms up with a pre-typed list of questions. The trial Judge stayed the proceedings based on a finding that the Crown failed to disclose the initial tape. The Alberta Court of Appeal [(1996), 181 A.R. 192] allowed an appeal and ordered a new trial and the Supreme Court of Canada dismissed the appeal.

[12] The five-judge majority of the Supreme Court of Canada found that the duty of disclosure was a distinct right that fell within the principle of fundamental justice encompassed in section 7 of the Charter and its breach resulted in a constitutional violation. As a result, there was no burden on the party seeking a stay to demonstrate that the undisclosed material caused prejudice to the accused. In other words, the breach of the duty of disclosure alone resulted in a contravention of the accused's right to present full answer and defence.

[13] Sopinka J., speaking for the majority, described the test for lost evidence cases at pages 684-685:

I find that when the prosecution has lost evidence that should have been disclosed, the Crown has a duty to explain

conversation de 45 minutes avec les policiers en vue d'une demande de traitement en milieu fermé et cette entrevue a été enregistrée. Étant donné que la conversation était enregistrée, l'agent de police n'a pris en note que la date de naissance de la plaignante, son adresse et ses numéros de téléphone. Toutefois, l'agent de police a témoigné devant le tribunal de la famille, dans le cadre de la demande de traitement en milieu fermé, que la conversation enregistrée portait sur la vie en fugue de la plaignante et le fait qu'elle avait été contrainte de se prostituer. Au moment de l'enquête préliminaire, l'agent de police avait oublié sa première conversation enregistrée avec la plaignante et, à un certain moment entre l'entrevue et le procès, il a égaré la bande audio. Néanmoins, près d'une semaine après l'entrevue enregistrée, l'agent de police, qui avait découvert deux autres jeunes filles qui faisaient partie du même réseau de prostitution, leur a demandé ainsi qu'à la plaignante de remplir des formulaires de déclaration à la police à titre de témoins, en leur demandant de décrire leur vie dans la rue, après quoi il leur a remis un questionnaire. Le juge de première instance a prononcé l'arrêt des procédures parce que le ministère public n'avait pas divulgué le premier enregistrement. La Cour d'appel de l'Alberta [(1996), 181 A.R. 192] a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès. La Cour suprême du Canada a rejeté le pourvoi.

[12] Les cinq juges de la Cour suprême qui constituaient la majorité ont conclu que l'obligation de divulgation constitue un droit distinct inclus dans le principe de la justice fondamentale visé à l'article 7 de la Charte et que l'inobservation de cette obligation avait entraîné une violation de la Constitution. En conséquence, la partie qui demandait l'arrêt des procédures n'était pas tenue de démontrer que la non-divulgation d'un document avait causé un préjudice à l'accusé. En d'autres termes, le manquement à l'obligation de divulgation portait en soi atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière.

[13] Le juge Sopinka a exposé, au nom de la majorité, le critère applicable lorsque des éléments de preuve sont perdus, aux pages 684 et 685:

Je conclus que, dans les cas où il perd un élément de preuve qui aurait dû être divulgué, le ministère public a l'obligation

what happened to it. So long as the explanation is satisfactory, it discharges the Crown's constitutional obligation to disclose. There will, however, be a breach of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* if the explanation does not satisfy the trial judge. Moreover, I would not rule out a remedy in the extraordinary case in which a satisfactory explanation is given for the loss of evidence and no abuse of process is found, but the evidence is so important that its loss renders a fair trial problematic.

[14] Sopinka J. elaborated on the factors used to determine whether the Crown had fulfilled its duty to explain what happened to the evidence at page 691:

In order to determine whether the explanation of the Crown is satisfactory, the Court should analyse the circumstances surrounding the loss of the evidence. The main consideration is whether the Crown or the police (as the case may be) took reasonable steps in the circumstances to preserve the evidence for disclosure. One circumstance that must be considered is the relevance that the evidence was perceived to have at the time. The police cannot be expected to preserve everything that comes into their hands on the off-chance that it will be relevant in the future. In addition, even the loss of relevant evidence will not result in a breach of the duty to disclose if the conduct of the police is reasonable. But as the relevance of the evidence increases, so does the degree of care for its preservation that is expected of the police.

[15] The evidence adduced by the Minister herein showed that destruction was routine for inactive government files and that, at the time of the destruction, there was no indication that any legal proceedings would ever be instituted with respect to the respondent's immigration or citizenship status. On the issue of the evidence's relevance, the missing documents would have been equally valuable and determinative to both parties. The respondent's visa application was not available to either party, therefore both parties suffered from its absence. If the document contained no misinformation other than the false name, this would have helped the respondent. On the other hand, if, as the Crown contended, the document contained false statements with respect to Mr. Katriuk's activities during the war years, it would have helped the Crown's case. In any event, the content of the application is the very issue with which

d'expliquer ce qui est arrivé à cet élément. En autant qu'il donne une explication satisfaisante, le ministère public s'acquitte de son obligation de divulgation. Toutefois, il y aura violation de la *Charte canadienne des droits et libertés* si l'explication ne convainc pas le juge du procès. Qui plus est, je n'exclus pas la possibilité qu'une réparation soit accordée dans la situation extraordinaire où, quoiqu'une explication satisfaisante soit donnée pour expliquer la perte de l'élément de preuve et qu'il n'y ait pas d'abus de procédure, l'élément en question est à ce point important que sa perte compromet la tenue d'un procès équitable.

[14] Le juge Sopinka a étoffé sa description des facteurs utilisés pour déterminer si le ministère public s'était acquitté de son obligation d'expliquer ce qui était advenu de la preuve, à la page 691:

Pour déterminer si l'explication du ministère public est satisfaisante, la Cour doit analyser les circonstances dans lesquelles la preuve a été perdue. La principale considération est la question de savoir si le ministère public ou la police (selon le cas) a pris des mesures raisonnables dans les circonstances pour conserver la preuve en vue de sa divulgation. Un facteur qui doit être pris en considération est la pertinence qu'on accordait alors à l'élément de preuve en cause. On ne peut attendre de la police qu'elle conserve tout ce qui lui passe entre les mains au cas où cela deviendrait un jour pertinent. En outre, même la perte d'un élément de preuve pertinent ne constituera pas une violation de l'obligation de divulgation si la conduite de la police était raisonnable. Cependant, plus la pertinence d'un élément de preuve est grande, plus le degré de diligence attendu des policiers pour conserver cette preuve est élevé.

[15] En l'espèce, la preuve produite par le ministre a établi que les dossiers gouvernementaux inactifs étaient habituellement détruits et que rien ne laissait croire qu'une procédure judiciaire serait un jour engagée relativement au statut du défendeur en ce qui concerne l'immigration et la citoyenneté. Quant à la pertinence de la preuve, les documents manquants auraient eu la même valeur et auraient été aussi déterminants pour les deux parties. Aucune partie n'a pu avoir accès à la demande de visa du défendeur, de sorte qu'elles ont toutes les deux été défavorisées par l'absence de cet élément. Si ce document ne contenait aucun autre renseignement inexact que le faux nom, il aurait été utile au défendeur. Par contre, s'il contenait, comme le prétend le ministère public, de fausses déclarations concernant les activités de M. Katriuk pendant la guerre, il aurait été utile à la Couronne. Quoi qu'il en soit, le contenu de la demande est la

we are here concerned and, unlike the Trial Judge in *Carosella*, I am unable to conclude that it is likely that the documents would have been of any greater benefit to the respondent than to the Crown.

[16] Since the respondent was given landed immigrant status in 1951 and granted citizenship in 1958, I fail to see how any government official could be negligent in failing to accord the respondent's immigration application form any further importance. At that time, there were no allegations of false representations against the respondent, nor had the respondent's name yet been mentioned in connection with allegations such as those contained in the Deschênes Commission [Commission of Inquiry on War Criminals] documents. As such, there was no reason to see the evidence as being relevant at the time of its destruction. In any event, I am not satisfied that routine destruction of inactive government files constitutes negligence on the part of the government.

[17] Consequently, the respondent's arguments based on section 7 of the Charter and on the Supreme Court's decision in *Carosella* cannot succeed.

[18] Also under the category of non-disclosure, counsel for the respondent argued that the government's use of a certificate provided for in section 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 was inappropriate in the circumstances. Section 39 of the *Canada Evidence Act* reads:

39. (1) Where a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, disclosure of the information shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body.

(2) For the purpose of subsection (1), "a confidence of the Queen's Privy Council for Canada" includes, without restricting the generality thereof, information contained in:

véritable question qui nous intéresse et, contrairement au juge de première instance dans l'affaire *Carosella*, je ne suis pas en mesure de conclure qu'il est probable que les documents auraient été plus favorables au défendeur qu'au ministère public.

[16] Étant donné que le défendeur a obtenu le statut d'immigrant reçu en 1951 et la citoyenneté canadienne en 1958, je ne vois pas en quoi un fonctionnaire du gouvernement aurait fait preuve de négligence en n'accordant plus d'importance à la formule de demande d'immigration du défendeur. À l'époque, il n'existait aucune allégation de fausses déclarations contre le défendeur et son nom n'avait pas encore été mentionné en rapport avec des allégations comme celles contenues dans les documents de la Commission Deschênes [Commission d'enquête sur les criminels de guerre]. Par conséquent, il n'existait aucune raison de considérer la preuve comme pertinente au moment où elle a été détruite. De toute façon, je ne suis pas convaincu que la destruction courante de dossiers inactifs du gouvernement constitue de la négligence de la part du gouvernement.

[17] En conséquence, les arguments fondés sur l'article 7 de la Charte et sur l'arrêt *Carosella* invoqués par le défendeur ne peuvent être retenus.

[18] Toujours en ce qui concerne la non-divulgence, l'avocat du défendeur a soutenu que le recours par le gouvernement à une attestation sous le régime de l'article 39 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, était irrégulier dans les circonstances. Voici le libellé de cet article:

39. (1) Le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre ou le greffier du Conseil privé s'opposent à la divulgation d'un renseignement, tenus d'en refuser la divulgation, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), un «renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada» s'entend notamment d'un renseignement contenu dans:

(a) a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council;

(b) a discussion paper the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions;

(c) an agenda of Council or a record recording deliberations or decisions of Council;

(d) a record used for or reflecting communications or discussions between ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy;

(e) a record the purpose of which is to brief Ministers of the Crown in relation to matters that are brought before, or are proposed to be brought before, Council or that are the subject of communications or discussions referred to in paragraph (d); and

(f) draft legislation.

(3) For the purposes of subsection (2), "Council" means the Queen's Privy Council for Canada, committees of the Queen's Privy Council for Canada, Cabinet and committees of Cabinet.

(4) Subsection (1) does not apply in respect of

(a) a confidence of the Queen's Privy Council for Canada that has been in existence for more than twenty years; or

(b) a discussion paper described in paragraph (2)(b)

(i) if the decisions to which the discussion paper relates have been made public, or

(ii) where the decisions have not been made public, if four years have passed since the decisions were made.

[19] Counsel for the respondent did not attack the constitutionality of this provision. In fact, counsel conceded that in many, if not most situations, section 39 could be used appropriately by the Crown. However, counsel argues that, in this case, its use was inappropriate.

[20] There are no inherent limitations within section 39 which make its use inappropriate in these circumstances. No constitutional challenge was brought against the provision. Had a constitutional challenge been brought, and had it been shown that Mr. Katriuk's constitutional rights had been violated,

a) une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil;

b) un document de travail destiné à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil;

c) un ordre du jour du Conseil ou un procès-verbal de ses délibérations ou décisions;

d) un document employé en vue ou faisant état de communications ou de discussions entre ministres sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique;

e) un document d'information à l'usage des ministres sur des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Conseil, ou sur des questions qui font l'objet des communications ou discussions visées à l'alinéa d);

f) un avant-projet de loi ou projet de règlement.

(3) Pour l'application du paragraphe (2), «Conseil» s'entend du Conseil privé de la Reine pour le Canada, du Cabinet et de leurs comités respectifs.

(4) Le paragraphe (1) ne s'applique pas:

a) à un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada dont l'existence remonte à plus de vingt ans;

b) à un document de travail visé à l'alinéa (2)b), dans les cas où les décisions auxquelles il se rapporte ont été rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant.

[19] L'avocat du défendeur n'a pas contesté la validité constitutionnelle de cette disposition. En fait, l'avocat a admis que souvent, sinon la plupart du temps, le ministère public pouvait se prévaloir à juste titre de l'article 39. Toutefois, l'avocat fait valoir que son utilisation était irrégulière en l'espèce.

[20] L'article 39 ne comporte aucune restriction inhérente en raison de laquelle il serait irrégulier de l'utiliser dans les circonstances. La constitutionnalité de cette disposition n'a pas été contestée. Si elle l'avait été et si une violation des droits constitutionnels de M. Katriuk avait été établie, cela aurait pu

this may have been sufficient to grant a constitutional remedy. Counsel chose not to take this course of action and this decision means that I can only apply the provision as it reads. Section 39 accords the Crown the power to refuse to disclose certain documents in situations where to do so would breach a confidence of the Queen's Privy Council for Canada. Once a section 39 certificate is issued, it is not open to the Court to review the documents to ensure that the government has made a reasonable decision. The only mode of attacking such a certificate is to attack its wording as being too vague, as was done in *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1996] 2 F.C. 483 (T.D.). No such attack was brought in this case and, in the end, there was no challenge either to the provision itself or to the certificate. As nothing within the statute prohibits the use of such a certificate with respect to Mr. Katriuk's situation and the portions of the Deschênes Commission Report for which counsel sought disclosure and which were excluded from disclosure by reason of the certificate, the proper use of such a certificate does not support the respondent's motion to stay these proceedings.

[21] Finally, under the heading of non-disclosure, the respondent cited delay as something which exacerbated his non-disclosure problems. In 1957, when Mr. Katriuk notified immigration officials that he had obtained his immigrant status on the basis of a false name, the authorities were put on notice that there was something wrong with his immigration application and they should have investigated at that stage. All of the testimony from RCMP witnesses called by the Crown was to the effect that in 1951, collaborators were still a prohibited group of persons. The Deschênes Commission Report was issued in 1986. The statement of facts was not filed with this Court until October 1996.

[22] Counsel for the respondent focused primarily on the prejudice suffered by Mr. Katriuk. In this vein, counsel cited to the Court a passage from the judg-

suffire à justifier l'octroi d'une réparation constitutionnelle. L'avocat a décidé de ne pas suivre cette voie et, compte tenu de sa décision, je n'ai d'autre choix que d'appliquer cette disposition telle qu'elle est libellée. L'article 39 confère au ministère public le pouvoir de refuser de divulguer certains documents lorsque leur divulgation aurait pour effet de révéler un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Une fois produite l'attestation visée par l'article 39, le tribunal ne peut pas examiner les documents en cause pour apprécier le caractère raisonnable de la décision du gouvernement. La seule façon d'attaquer cette attestation consiste à en contester le libellé en invoquant son imprécision, comme dans l'affaire *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1996] 2 C.F. 483 (1<sup>re</sup> inst.). Aucune contestation de ce type n'a été entreprise en l'espèce et, en bout de ligne, ni la disposition en cause, ni l'attestation n'ont été contestées. Étant donné qu'aucune disposition de la loi ne fait obstacle au recours à une attestation relativement à la situation de M. Katriuk et aux passages du Rapport de la Commission Deschênes dont l'avocat a demandé la divulgation et qui ont été exclus de la divulgation au moyen d'une attestation, l'utilisation régulière d'une telle attestation n'appuie pas la requête présentée par le défendeur en vue d'obtenir la suspension de l'instance.

[21] Enfin, en ce qui a trait à la non-divulgation, le défendeur a invoqué le retard comme élément qui aurait amplifié les problèmes que lui ont causé la non-divulgation. En 1957, lorsque M. Katriuk a avisé les fonctionnaires de l'immigration qu'il avait obtenu son statut d'immigrant en utilisant un faux nom, les autorités ont été mises au fait de l'irrégularité de sa demande d'immigration et elles auraient alors dû mener une enquête. Tous les témoignages des membres de la GRC cités par le ministère public portaient qu'en 1951, les collaborateurs constituaient encore une catégorie de personnes non admissibles. Le Rapport de la Commission Deschênes a été publié en 1986. L'exposé des faits n'a été déposé devant la Cour qu'en octobre 1996.

[22] L'avocat du défendeur a mis principalement l'accent sur le préjudice subi par M. Katriuk. À cet égard, il a cité à la Cour un extrait d'un jugement

ment of Vancise J.A. in *Saskatchewan Human Rights Commission v. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143 (Sask. C.A.), at pages 179-180:

In my opinion, to determine whether there has been unreasonable delay in the context of s. 7, or put another way, whether there has been an infringement of the right to be tried within a reasonable period of time, it is necessary to consider the following:

. . .

- (4) Prejudice to the accused or wrongdoer. Here one must not only consider the impairment of the ability to make full answer and defence, but the effect of the delay on the wrongdoer, including the anxiety caused by the uncertainty and the disruption of his family and social relationships.

[23] There is a difference between the point in time when the alleged wrong came to the attention of the authorities, about 1986, the point in time when the authorities chose to begin proceedings against the wrongdoer, 1996, and the point in time of the unfolding of the proceedings, 1997-1998. As the Minister has demonstrated that Mr. Katriuk obtained his citizenship by concealing material circumstances, any suffering by Mr. Katriuk will be the result of his own making. The only period of delay with which I am concerned is the period between the filing of the statement of claim in October 1996 and the unfolding of these proceedings in 1997 and 1998. I cannot conclude that the respondent has suffered due to an undue delay in this matter.

[24] In *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, the accused was charged with committing war crimes or crimes against humanity under the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] with respect to acts he allegedly committed in Hungary during World War II at a concentration camp. The accused was acquitted at trial and the Crown appealed to the Ontario Court of Appeal [(1992), 92 D.L.R. (4th) 1] and then to the Supreme Court of Canada. The accused cross-appealed and one of the grounds of the cross-appeal was that the pre-charge delay violated his rights.

rendu par le juge Vancise de la Cour d'appel de la Saskatchewan, l'arrêt *Saskatchewan Human Rights Commission v. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143, aux pages 179 et 180:

[TRADUCTION] À mon avis, pour déterminer si un délai déraisonnable s'est écoulé dans le contexte de l'article 7 ou, en d'autres termes, s'il a été porté atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable, il faut tenir compte des éléments suivants:

[. . .]

- (4) Le préjudice causé à l'accusé ou au délinquant. À cet égard, il faut considérer non seulement l'atteinte à la capacité de présenter une défense pleine et entière, mais aussi l'effet qu'a eu le délai en cause sur le délinquant, y compris l'anxiété résultant de l'incertitude et le bouleversement de sa vie familiale et sociale.

[23] Il y a une différence entre le moment où les autorités ont pris connaissance de l'acte fautif reproché, vers 1986, celui où elles ont décidé d'engager une procédure contre son auteur, en 1996, et celui où s'est déroulée la procédure, en 1997 et 1998. Comme le ministre a établi que M. Katriuk a obtenu la citoyenneté en cachant des faits importants, tout inconvénient subi par M. Katriuk lui a été causé par ses propres actes. Le seul délai qui me préoccupe est la période écoulée entre le dépôt de la déclaration en octobre 1996 et le déroulement de la procédure en 1997-1998. Je ne puis conclure qu'un délai déraisonnable a nui au défendeur en l'espèce.

[24] Dans l'affaire *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, l'accusé devait répondre, en vertu du *Code criminel*, [L.R.C. (1985), ch. C-46] à des accusations de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité relativement à des actes qu'il aurait commis en Hongrie pendant la Deuxième Guerre mondiale dans un camp de concentration. L'accusé a été acquitté en première instance et le ministère public a interjeté appel à la Cour d'appel de l'Ontario [(1992), 92 D.L.R. (4th) 1], puis à la Cour suprême du Canada. L'accusé a formé un appel incident en invoquant notamment l'atteinte à ses droits résultant du délai écoulé avant le dépôt des accusations.

[25] Lamer C.J. stated that the appeal having been dismissed, the cross-appeal was moot. La Forest J., writing for himself, L'Heureux-Dubé and McLachlin J.J. in dissent, having found the appeal to have merit, wrote the following with respect to the delay issue at page 786:

The respondent also attempts to argue that the 45-odd years that have elapsed between the alleged commission of the offences and the charging of Mr. Finta constitutes a violation of his *Charter* guarantees. This contention has no merit. This Court has already held that pre-charge delay, at most, may in certain circumstances have an influence on the assessment of whether post-charge delay is unreasonable but of itself is not counted in determining the delay; see *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, at p. 789. More commonly, pre-charge delay is not given any weight in this assessment; see *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594. The *Charter* does not insulate accused persons from prosecution solely on the basis of the time that has elapsed between the commission of the offence and the laying of the charge; see *R. v. L. (W.K.)*, [1991] 1 S.C.R. 1091, at p. 1100.

[26] Cory J., with whom Gonthier and Major J.J. agreed on this point, stated at pages 874-875:

The respondent argues that this Court should extend the principles set out in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, to the situation of pre-charge delay. He argues that since 45 years have elapsed between the date of the actions giving rise to the charges and the date of trial, there is bound to be prejudice . . . .

In the present case, I am unable to see any merit in the respondent's arguments that he suffered prejudice as a result of the pre-charge delay. Indeed, it is far more likely that the delay was more prejudicial to the Crown's case than it was [to] that of the defence. Defence counsel was entitled to argue that the witnesses' memories had become blurred with the passage of 45 years. Further, the documentary and physical evidence that the respondent now complains is not available was probably destroyed during World War II. Thus it is difficult to accept the respondent's assertion that any documentary or physical evidence that would have been available within a few years after the war has since been lost. Additionally, any prejudice occasioned by the death of witnesses that could have helped the defence was substantially reduced by the admission of the Dallos statements.

With regard to the post-charge delay, less than a year passed from the time when the legislation was proclaimed in force to when the indictment was preferred. In light of

[25] Le juge en chef Lamer a déclaré que le rejet de l'appel emportait la caducité de l'appel incident. Le juge La Forest, en son propre nom, et les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin, dissidentes, ayant conclu au bien-fondé de l'appel, ont tenu les propos suivants concernant la question du délai, à la page 786:

L'intimé fait également valoir que le délai de quelque 45 ans qui s'est écoulé entre la perpétration alléguée des infractions et son inculpation enfreint ses droits garantis par la *Charte*. Sa prétention n'est pas fondée. Notre Cour a déjà jugé que les délais qui précèdent l'inculpation peuvent, tout au plus, avoir une influence dans certaines circonstances sur l'évaluation du caractère raisonnable du délai qui suit l'inculpation mais ne comptent pas comme tels dans ce dernier; voir *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, à la p. 789. Plus communément, il n'est pas tenu compte du délai antérieur à l'inculpation dans cette évaluation; voir *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594. La *Charte* ne protège pas les accusés contre des poursuites sur le seul fondement du temps qui s'est écoulé entre la perpétration de l'infraction et l'inculpation; voir *R. c. L. (W.K.)*, [1991] 1 R.C.S. 1091, à la p. 1100.

[26] Le juge Cory a exprimé l'opinion qui suit, à laquelle les juges Gonthier et Major ont souscrit sur ce point, aux pages 874 et 875:

L'intimé soutient que notre Cour devrait étendre les principes établis dans l'arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, au délai antérieur à l'accusation. Il soutient que, puisque 45 ans se sont écoulés entre le moment où les actes donnant naissance aux accusations ont été commis et la date du procès, il ne peut que subir un préjudice [ . . . ]

En l'espèce, je n'arrive pas à voir le bien-fondé des arguments de l'intimé suivant lesquels il a subi un préjudice en raison du délai antérieur à l'accusation. En fait, il est beaucoup plus probable que le délai ait été plus préjudiciable à la preuve du ministère public qu'à celle de la défense. L'avocat de la défense avait le droit de soutenir que la mémoire des témoins s'était effacée après 45 ans. En outre, la preuve documentaire et matérielle qui, se plaint maintenant l'intimé, n'existe plus, a probablement été détruite au cours de la Seconde Guerre mondiale. Il est donc difficile de retenir la prétention de l'intimé voulant que toute preuve documentaire ou matérielle qui aurait existé quelques années après la guerre ait depuis été perdue. De plus, le préjudice causé par le décès de témoins qui auraient pu aider la défense a été grandement diminué par l'utilisation des déclarations de Dallos.

En ce qui concerne le délai postérieur à l'accusation, moins d'un an s'est écoulé entre le moment où la disposition législative est entrée en vigueur et celui où l'acte d'accusa-

the amount of investigatory work that had to be done before any charges could be laid, this seems to be a minimal and very reasonable period of delay.

[27] The second ground raised by counsel for the respondent upon which to stay these proceedings is the unfairness of the procedure chosen by the Crown. The thrust of counsel's argument is that the Crown, because it was alleging that the fraud committed by Mr. Katriuk was in not disclosing that he had committed war crimes or crimes against humanity when he applied to enter Canada, should have pursued Mr. Katriuk directly on the basis that he had committed such crimes using the *Criminal Code* provisions. In a criminal proceeding, the Crown's burden of proving its allegations is raised from proving its case on a balance of probabilities to establishing it beyond a reasonable doubt. In a criminal proceeding, the respondent would have been able to invoke all of the safeguards found in the criminal law process, including the Charter.

[28] I cannot fault the government for choosing to proceed in the manner in which it has. The fact that a criminal procedure was available to the Crown is irrelevant. By bringing its case against the respondent in the manner in which it has, the Crown has in effect rendered the issue of whether the respondent committed war crimes irrelevant. The issue in these proceedings is whether the respondent obtained his citizenship by fraud or by concealing material circumstances. Even if the respondent did not commit any crimes during the war, proving that he either gave false information or concealed material circumstances regarding his activities during the war period is sufficient to establish the allegations in this case. Does this amount to a wrongdoing on the part of the Crown so that these proceedings against the respondent should be stayed? Certainly not. When multiple avenues of proceeding are open to the Crown, the Crown is at liberty to pursue whichever avenue it chooses. I know of no legal principle which dictates otherwise. Again, there was no constitutional attack brought against the provisions of the law which permit the Crown to proceed in the manner it has chosen.

tion a été présenté. Compte tenu de l'ampleur du travail d'enquête qui devait être abattu avant que des accusations soient portées, le délai en cause me semble minime et très raisonnable.

[27] Le deuxième motif invoqué par l'avocat du défendeur à l'appui de sa demande de suspension de l'instance est le caractère inéquitable de la procédure choisie par le ministère public. L'argument de l'avocat porte essentiellement que le ministère public, selon les allégations duquel la fraude commise par M. Katriuk consistait à ne pas avoir divulgué qu'il avait commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité, aurait dû le poursuivre directement en vertu du *Code criminel* relativement à la perpétration de tels crimes. Dans une instance criminelle, le fardeau qui incombe à la poursuite de prouver ses allégations est rehaussé: elle ne doit plus les établir selon la prépondérance des probabilités, mais hors de tout doute raisonnable. Dans une instance criminelle, le défendeur aurait pu se prévaloir de toutes les protections accordées dans le cadre d'un processus criminel, et notamment invoquer la Charte.

[28] Je ne puis blâmer le gouvernement d'avoir choisi de procéder comme il l'a fait. Le fait que le ministère public aurait pu engager une poursuite criminelle n'est pas pertinent. En suivant la voie qu'il a choisie pour poursuivre le défendeur, le ministère public a, de fait, enlevé toute pertinence à la question de savoir si le défendeur avait commis des crimes de guerre. La question en litige en l'espèce est celle de savoir si le défendeur a obtenu la citoyenneté frauduleusement ou en cachant des faits importants. Même si le défendeur n'a commis aucun crime pendant la guerre, la preuve qu'il a soit fait des déclarations frauduleuses, soit caché des faits importants concernant ses activités pendant la guerre suffit pour établir le bien-fondé des allégations formulées contre lui. Ce comportement du ministère public équivaut-il à un acte fautif de sa part, qui justifierait la suspension de l'instance contre le défendeur? Certainement pas. Lorsque plusieurs voies de recours s'offrent à la Couronne, celle-ci est libre de suivre celle de son choix. Je ne connais aucun principe juridique en vertu duquel il devrait en être autrement. Répétons-le, la validité constitutionnelle des dispositions permettant au

[29] Counsel for Mr. Katriuk also submitted that bringing this proceeding against Mr. Katriuk and not against others named in the Deschênes Commission Report was discriminatory and hence a violation of subsection 15(1) of the Charter. There is no merit to this argument. There is no reasonable basis to grant a stay simply because revocation proceedings were not instituted against all those who were named in the Deschênes Commission Report. Perhaps the Crown has insufficient evidence with respect to the others. However, it would be logically inconsistent to say that the Crown cannot institute revocation proceedings against those with respect to whom the Crown believes it has sufficient evidence simply because it does not have sufficient evidence to bring proceedings against everyone who has allegedly committed criminal acts.

[30] The third ground upon which the respondent seeks a stay is that the *Federal Court Rules* (the Rules) changed in the midst of these proceedings. However, after carefully reviewing the arguments put forth by counsel for both parties, I am unable to see any merit in the argument that the change of Rules should lead me to stay these proceedings because the Rules make a defendant out of Mr. Katriuk as opposed to a respondent.

[31] The change in the Rules, however, does lead to an interesting issue with respect to costs. Prior to the changes in the Rules, Rule 920 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] did not allow the Court to grant costs to either party. However, since revocation proceedings under section 18 of the *Citizenship Act* now fall under Part 4—Actions (rule 169 and following) [*Federal Court Rules*, 1998, SOR/98-106], this means that costs may be awarded against either party. For this reason, as I indicated in my decision concerning the main issue, the parties shall be free to bring on a motion for

ministère public de procéder comme il l'a fait n'a pas été contestée.

[29] L'avocat de M. Katriuk a en outre fait valoir que le fait d'engager une procédure contre M. Katriuk et non contre les autres personnes nommées dans le Rapport de la Commission Deschênes constituait un acte discriminatoire et contrevenait au paragraphe 15(1) de la Charte. Cet argument n'est pas fondé. Aucun motif raisonnable ne justifierait la suspension de l'instance simplement parce qu'une procédure de révocation n'a pas été engagée contre toutes les personnes nommées dans le Rapport de la Commission Deschênes. Le ministère public ne possède peut-être pas de preuve suffisante contre les autres personnes. Cependant, il serait illogique d'affirmer que le ministère public ne peut pas engager une procédure de révocation contre celles à l'égard desquelles il croit disposer d'une preuve suffisante uniquement parce qu'il ne possède pas d'éléments de preuve suffisants pour engager des procédures contre chacune des personnes qui auraient commis des infractions criminelles.

[30] Le troisième motif sur lequel s'appuie le défendeur pour demander l'arrêt des procédures tient au fait que les *Règles de la Cour fédérale* (les Règles) ont été modifiées au milieu de l'instance. Toutefois, après avoir examiné soigneusement les arguments des avocats des deux parties, je dois conclure à l'absence de fondement à l'argument selon lequel la modification des règles devrait m'amener à prononcer la suspension de l'instance parce que M. Katriuk est devenu défendeur, plutôt qu'intimé, par application des nouvelles règles.

[31] La modification des Règles soulève cependant une question intéressante quant aux dépens. Auparavant, la Règle 920 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] ne permettait pas à la Cour d'adjuger les dépens à une partie. Toutefois, comme la procédure de révocation prévue par l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté* est maintenant régie par la partie 4—Actions (règle 169 et suivantes) [*Règles de la Cour fédérale* (1998), DORS/98-106], les dépens peuvent maintenant être adjugés contre l'une ou l'autre des parties. Pour ce motif, comme je l'ai indiqué dans

costs at a date and time to be fixed by the Registrar.

ma décision sur la question principale, les parties pourront présenter une requête sollicitant les dépens à la date et à l'heure fixées par le greffier.

[32] For these reasons, the respondent's motion for a stay of these proceedings was denied.

[32] Pour ces motifs, la requête présentée par le défendeur en vue d'obtenir la suspension de l'instance a été rejetée.

T-2408-96

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(Applicant)

v.

**Vladimir Katriuk** (Respondent)

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

Trial Division, Nadon J.—Montréal, Toronto, May 13, 14, 15, 19, 20, 21, 22, 25, 26, June 11, 15, 16, 22, 23, July 2, 3, 1998; Ottawa, February 15, 1999.

*Evidence — Objection to admissibility of commission evidence taken in Poland — Mutual Understanding providing when Canadian Court requesting to take evidence in Polish People's Republic, Polish Judge will preside at hearing in accordance with requirements of Polish law, and will enable Canadian Judge to take evidence in accordance with Canadian rules of evidence, procedure — Presiding Polish Judge examining, cross-examining witness in belief authorized to do so — Canadian Judge's mandate to take evidence in accordance with Canadian rules of evidence, procedure — Unable to fulfill mandate because of fundamental differences between Polish, Canadian procedures.*

This was an objection to the admissibility of commission evidence taken in Poland in the course of a citizenship revocation hearing. Nadon J. was appointed to take the evidence of a witness in Poland in accordance with Canadian rules of evidence and procedure. The Polish Judge who presided at the hearing in accordance with a Mutual Understanding between the two countries examined and cross-examined the witness at length, as she believed she was authorized to do. The respondent objected to the admissibility of the evidence.

*Held*, the objection should be sustained.

Nadon J. was unable to fulfill his mandate to take the witness' evidence in accordance with Canadian rules of evidence and procedure. As a Canadian Judge on Polish soil, he did not have the authority to give any direction or order to the Polish Judge or other officers of the Polish judicial system.

T-2408-96

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

c.

**Vladimir Katriuk** (défendeur)

*RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) c. KATRIUK (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge Nadon—Montréal, Toronto, 13, 14, 15, 19, 20, 21, 22, 25, 26 mai, 11, 15, 16, 22, 23 juin, 2, 3 juillet 1998; Ottawa, 15 février 1999.

*Preuve — Objection soulevée au sujet de l'admissibilité d'un témoignage recueilli par commission en Pologne — Selon une entente mutuelle, lorsqu'un tribunal canadien demande à recueillir un témoignage en Pologne, un juge polonais préside l'audience conformément aux exigences du droit polonais et permet au juge canadien de recueillir le témoignage conformément aux règles de preuve et de procédure canadiennes — La juge polonaise qui présidait l'audience avait interrogé et contre-interrogé le témoin en croyant être autorisée à le faire — Le juge canadien avait pour mandat de recueillir le témoignage conformément aux règles de preuve et de procédure canadiennes — Il n'avait pas été en mesure de s'acquitter de son mandat à cause de différences fondamentales entre les procédures polonaise et canadienne.*

Une objection avait été soulevée au sujet de l'admissibilité d'un témoignage recueilli par commission en Pologne dans le cadre d'une audience relative à la révocation de la citoyenneté du défendeur. Le juge Nadon avait été désigné en vue de recueillir le témoignage d'une personne en Pologne conformément aux règles de preuve et de procédure canadiennes. La juge polonaise qui présidait l'audience conformément à une entente mutuelle conclue entre les deux pays avait interrogé et contre-interrogé le témoin à fond comme elle croyait être autorisée à le faire. Le défendeur s'était opposé à l'admissibilité du témoignage.

*Jugement*: l'objection est maintenue.

Le juge Nadon n'avait pas été en mesure de s'acquitter du mandat qui lui avait été confié, c'est-à-dire de recueillir le témoignage conformément aux règles de preuve et de procédure qui s'appliquent au Canada. En sa qualité de juge canadien, il n'était pas autorisé, pendant qu'il était en Pologne, à donner de directives ou un ordre à la juge polonaise ou à d'autres officiers de justice polonais.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## REFERRED TO:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Katriuk*, [1999] F.C.J. No. 90 (T.D.) (QL).

OBJECTION to the admissibility of commission evidence taken in Poland in a citizenship revocation reference. Objection sustained.

## APPEARANCES:

*David Lucas and Martine Valois* for applicant.

*Orest H. T. Rudzik and Nestor Woychyshyn* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

*Orest Rudzik*, Toronto, for respondent.

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

[1] NADON J.: In my decision of January 29, 1999 [[1999] F.C.J. No. 90 (T.D.) (QL)] concerning the main issue in these proceedings, I indicated that, upon request by either party, I would provide detailed reasons with respect to the inadmissibility of the Commission Evidence taken in Poland in April 1998. These are my reasons.

[2] On February 5, 1998, the Chief Justice of this Court appointed me to take the evidence, *inter alia*, of Michael Jankowski, of Opole, Republic of Poland. Paragraphs 13 and 14 of the Mutual Understanding between the Department of Justice of Canada and the Ministry of Justice of the Polish People's Republic dated Warsaw, June 7, 1988, provides as follows:

Taking of Evidence in the Polish People's Republic

13. That when a Canadian Court upon the application of the Department of Justice of Canada or otherwise issues a

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION MENTIONNÉE:

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Katriuk*, [1999] A.C.F. n° 90 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

OBJECTION soulevée au sujet de l'admissibilité d'un témoignage recueilli par commission en Pologne dans un renvoi relatif à la révocation de la citoyenneté du défendeur. Objection maintenue.

## ONT COMPARU:

*David Lucas et Martine Valois* pour le demandeur.

*Orest H. T. Rudzik et Nestor Woychyshyn* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.

*Orest Rudzik*, Toronto, pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE NADON: Dans la décision que j'ai rendue le 29 janvier 1999 [[1999] F.C.J. n° 90 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)] au sujet de la question principale qui était soulevée dans l'instance, j'ai fait savoir que, sur demande d'une partie ou de l'autre, je fournirais des motifs détaillés au sujet de l'inadmissibilité du témoignage recueilli par commission en Pologne en avril 1998. Voici mes motifs.

[2] Le 5 février 1998, le juge en chef de cette Cour m'a désigné en vue de recueillir entre autres le témoignage de Michael Jankowski, d'Opole, en Pologne. Les paragraphes 13 et 14 de l'Entente mutuelle conclue entre le ministère de la Justice du Canada et le ministère de la Justice de la Pologne, qui a été signée à Varsovie le 7 juin 1988, prévoient ce qui suit:

[TRADUCTION]

Témoignages recueillis en Pologne

13. Lorsqu'un tribunal canadien, sur demande du ministère de la Justice du Canada ou autrement, demande à

request to take evidence in the Polish People's Republic, the Ministry of Justice of the Polish People's Republic will take the necessary steps to facilitate the taking of such evidence at the earliest opportunity by arranging the following:

- a) On the Polish side a Polish judge will preside at such hearing in accordance with the requirements of the Polish law and will enable the representative of a Canadian Court also presiding on the Canadian side to take evidence at the hearing in accordance with Canadian rules of evidence and procedure;
- b) There shall be interpreters chosen by the Department of Justice of Canada;
  - all proceedings shall be translated into the English or French languages as required by the Department of Justice of Canada;
  - a verbatim record of all proceedings including the questions and answers of witnesses and objections by counsel and discussions will be made by a reporter chosen by the appropriate Canadian authorities;
  - all proceedings will be recorded on videotape by Canadian authorities;
  - all the above activities shall be carried out at the expense of the Canadian side
- c) Permit the hearing of persons who at the request of the appropriate Canadian authorities are requested to come as witnesses and make statements or supply evidence and other things, all of which is to be carried out by suitable courts in agreement with Polish legal rules.

14. The Department of Justice of Canada agrees to pay back to the Minister of Justice of the Polish People's Republic such fees and expenses that are normally paid to witnesses according to Polish legal rules.

[3] As appears clearly from paragraph 13 of the Mutual Understanding, a Polish Judge is to preside in accordance with the requirements of Polish law and is to enable the Canadian Judge to take the evidence of the witness in accordance with Canadian rules of evidence and procedure.

[4] The hearing of the evidence of Mr. Jankowski took place in Opole, Republic of Poland, on April 2, 1998. As appears from the transcript of the hearing, a

recueillir un témoignage en Pologne, le ministère de la Justice de la Pologne prendra les mesures nécessaires en vue de faciliter l'obtention de ce témoignage le plus tôt possible au moyen des dispositions suivantes:

- a) Du côté polonais, un juge polonais présidera l'audience conformément aux exigences du droit polonais et permettra au représentant d'un tribunal canadien présidant également l'audience du côté canadien de recueillir le témoignage à l'audience conformément aux règles de preuve et de procédure canadiennes;
- b) Des interprètes seront désignés par le ministère de la Justice du Canada;
  - toutes les procédures seront traduites en anglais ou en français conformément aux exigences du ministère de la Justice du Canada;
  - un compte rendu sténographique des procédures, y compris les questions et réponses des témoins ainsi que les objections des avocats et les discussions y afférentes, sera effectué par un sténographe désigné par les autorités canadiennes compétentes;
  - les procédures seront enregistrées sur bande vidéo par les autorités canadiennes;
  - toutes les activités susmentionnées seront exercées aux frais du Canada.
- c) Le ministère permettra qu'on entende devant les tribunaux compétents, conformément aux règles de droit polonaises, les personnes qui, à la demande des autorités canadiennes compétentes, sont citées pour témoigner et faire des déclarations ou pour fournir des éléments de preuve ou d'autres éléments.

14. Le ministère de la Justice du Canada s'engage à rembourser au ministre de la Justice de la Pologne les frais qui sont normalement versés aux témoins conformément aux règles de droit polonaises.

[3] Comme le montre clairement le paragraphe 13 de l'Entente mutuelle, un juge polonais doit présider l'audience conformément aux exigences du droit polonais et permettre au juge canadien de recueillir le témoignage du témoin conformément aux règles canadiennes de preuve et de procédure.

[4] Le témoignage de M. Jankowski a été entendu à Opole, en Pologne, le 2 avril 1998. Comme le montre la transcription de l'audience, un juge polonais,

Polish Judge, Madam Justice Roguska-Gajewska, not only presided at the hearing in accordance with the requirements of the Polish law but, in fact, conducted an examination of the witness in accordance with Polish law and procedure. In effect, as is the procedure under the laws of Poland, Madam Justice Roguska-Gajewska examined the witness and cross-examined him.

[5] After completing her examination of Mr. Jankowski, Madam Justice Roguska-Gajewska asked me if I “would like to ask any questions of the witness at this point?”<sup>1</sup> I responded in the negative but indicated to the Polish Judge that my preference was that the questioning be done by the Canadian lawyers.

[6] Mr. Lucas, for the Minister, asked a number of questions of the witness. Then, Mr. Rudzik, for Mr. Katriuk, made an objection in regard to the procedure and rules of evidence pursuant to which the Polish Judge examined Mr. Jankowski. At pages 68 and 69, Mr. Rudzik made the following submissions:

With all due respect to our being guests in your jurisdiction, we feel that the differences in our procedures and yours are so radically different, that we would not be able to cure by way of objections the problems we have in what has transpired today, so that we will be presenting our objections in due course as part of our response once we return to Canada. I refer to matters such as examining prior inconsistent statements.

THE INTERPRETER:  
Examining?

ME OREST RUDZIK:

Examining a witness on his own prior inconsistent statement, cross-examining one's own witness, directing and leading questions of one's own witness, and a number of other appropriately permitted procedures under your procedures, but which we have never practised, and in terms of which we have to live with.

And so, once again, Madam Justice, I thank you for the opportunity and for your courtesy of having us here, but we would conclude on that basis.

THE COMMISSIONER:  
May I respond to that?

M<sup>me</sup> le juge Roguska-Gajewska, présidait non seulement l'audience conformément aux exigences du droit polonais, mais a aussi en fait mené l'interrogatoire du témoin conformément aux règles de droit et de procédure polonaises. En fait, comme le prévoit la législation polonaise, M<sup>me</sup> le juge Roguska-Gajewska a interrogé et contre-interrogé le témoin.

[5] Après avoir interrogé M. Jankowski, M<sup>me</sup> le juge Roguska-Gajewska m'a demandé si j'[TRADUCTION] «aimer[ais] poser des questions au témoin»<sup>1</sup>. J'ai répondu par la négative, mais je l'ai informée que je préférerais que les avocats canadiens se chargent de l'interroger.

[6] M<sup>c</sup> Lucas, au nom du ministre, a posé un certain nombre de questions au témoin. Puis, M<sup>c</sup> Rudzik, au nom de M. Katriuk, a soulevé une objection au sujet de la procédure et des règles de preuve en vertu desquelles la juge polonaise interrogeait M. Jankowski. Aux pages 68 et 69, M<sup>c</sup> Rudzik a fait les observations suivantes:

[TRADUCTION] Avec égards, nous qui sommes invités dans votre ressort croyons que vos règles de procédure et les nôtres sont tout à fait différentes, de sorte que nous ne pourrions pas y remédier en soulevant des objections au sujet des problèmes qui se sont posés aujourd'hui et que nous présenterons nos objections en temps et lieu dans le cadre de notre réponse, une fois revenus au Canada. Je parle de questions telles que l'interrogatoire au sujet de déclarations contradictoires antérieures.

L'INTERPRÈTE:  
L'interrogatoire?

M<sup>c</sup> OREST RUDZIK:

L'interrogatoire d'un témoin au sujet d'une déclaration contradictoire antérieure qu'il a faite, le contre-interrogatoire de son propre témoin, le fait de poser des questions à son propre témoin et un certain nombre d'autres procédures permises à juste titre en vertu de vos règles de procédure, mais que nous n'avons jamais suivies, et auxquelles nous devons nous conformer.

Je vous remercie donc encore une fois, M<sup>me</sup> le juge, de la possibilité que vous m'avez donnée et d'avoir bien voulu nous entendre, mais nous allons conclure sur cette base.

LE COMMISSAIRE:  
Puis-je répondre à vos observations?

THE COURT (Madam Justice Bozena Roguska-Gajewska):  
Yes, please.

LA COUR (M<sup>me</sup> le juge Bozena Roguska-Gajewska):  
Oui.

[7] At pages 69, 70 and 71, I responded to Mr. Rudzik's objection as follows:

[7] Aux pages 69, 70 et 71, j'ai répondu aux objections de M<sup>c</sup> Rudzik comme suit:

THE COMMISSIONER:

It seems to me, Mr. Rudzik, I hope you are aware and you understand that this case ultimately will be decided under Canadian law with the rules and principles that we are all familiar with. As I indicated earlier, objections and problems that arise by reason of a different practice and procedure will be decided by me in Canada following arguments by counsel regarding the points that have been raised. So, I have some difficulty in understanding the comments that have just been made, which seem to indicate that you do not accept that your client be dealt with according to Polish law.

[TRADUCTION]

LE COMMISSAIRE:

Il me semble, Maître, j'espère que vous savez et que vous comprenez que cette affaire sera en fin de compte tranchée en vertu du droit canadien à l'aide des règles et principes que nous connaissons tous. Comme je l'ai déjà dit, je réglerai au Canada les objections et les problèmes qui se posent en raison de la différence entre les règles de pratique et de procédure après avoir entendu les arguments que les avocats auront présentés au sujet des points soulevés. Il m'est donc difficile de comprendre les remarques que vous venez de faire, lesquelles semblent montrer que vous n'acceptez pas que le cas de votre client soit traité conformément au droit polonais.

THE INTERPRETER:

Can you please repeat this?

L'INTERPRÈTE:

Pourriez-vous répéter ce que vous venez de dire?

THE COMMISSIONER:

Mr. Rudzik's comments which seem to be to the effect that he does not accept to have his client be dealt with according [*sic*] the Polish law and Polish procedures. To repeat myself, it is crystal clear that Mr. Katriuk will be dealt with according to Canadian law.

LE COMMISSAIRE:

Les remarques de M<sup>c</sup> Rudzik qui semblent vouloir dire qu'il n'accepte pas que le cas de son client soit traité conformément au droit polonais et à la procédure polonaise. Comme je l'ai dit, il est tout à fait clair que le cas de M. Katriuk sera traité conformément au droit canadien.

He will be either the answers to the questions posed to the Court will either be yes or no based on the evidence presented to the Court in Canada and here, to the extent that the evidence made here is admissible according to Canadian law, but that is a point which will not be decided here for obvious reasons.

Il sera les réponses aux questions posées à la Cour seront soit affirmatives soit négatives selon la preuve qui lui aura été présentée au Canada et ici, dans la mesure où les éléments de preuve qui sont présentés ici sont admissibles conformément au droit canadien, mais c'est un point qui ne sera pas réglé ici, et ce, pour des raisons évidentes.

So, to make my point finally after this long introduction, as I am not deciding any of these points here today, but I will decide them in Canada, I simply wish to emphasize that if you do not ask questions, you are taking that decision. I do not know what the outcome of my decision will be, once the matters are argued and raised, but I want you to reflect on that perhaps for a few minutes.

Par conséquent, pour en venir à ce que j'ai à dire après cette longue introduction, étant donné que je ne me prononce pas sur ces points ici aujourd'hui, mais que je le ferai au Canada, je veux simplement souligner que si vous ne posez pas de questions, cela ne dépend que de vous. Je ne sais pas quel sera le résultat de ma décision, une fois que les questions auront été soulevées et débattues, mais je vous demande d'y réfléchir pendant quelques minutes.

Whether you should not ask questions today is your entire decision, but the decision that I will take in due course will be made in Canada. If you are right, you are right. If you are wrong, then the consequence will be that you will not have asked any questions.

Il ne dépend que de vous de poser ou de ne pas poser de questions aujourd'hui, mais je prendrai en temps et lieu une décision au Canada. Si vous avez raison, il en sera ainsi. Si vous avez tort, cela voudra dire que vous n'aurez pas posé de questions.

So, for my own sake, let me ask you again, is it your decision that you wish to rest on the objection that you have made and not ask any questions to Mr. Jankowski?

Par conséquent, j'aimerais vous demander encore une fois si vous voulez vous en tenir à l'objection que vous avez soulevée et ne pas poser de questions à M. Jankowski.

[8] Mr. Rudzik responded that he would not be asking any questions and would raise his objection regarding the admissibility of the Polish evidence upon our return to Canada. The matter was indeed raised in Canada and I ruled that the evidence of Mr. Jankowski was not admissible.

[9] The learned Polish Judge was certainly of the belief that she had been authorized by her Government to examine, according to Polish law, the witness Mr. Jankowski. That appears quite clearly from an exchange between Mr. Rudzik and the Polish Judge which appears at pages 65, 66, 67, 68 and 69:

THE COURT (Madam Justice Bozenna Roguska-Gajewska): I just wanted to make sure whether or not we need any time at all to prepare for the questions.

ME OREST RUDZIK:

I thank Madam Justice, but I think we are ready to proceed. Madam Justice, we will be very brief. I have one question that I would ask to the Bench, if I may. And then, we just have a general position statement. And since we are in your jurisdiction, and you kindly permit us to be seated, I'll take advantage of your offer.

THE COURT (Madam Justice Bozenna Roguska-Gajewska): Please be seated and do not feel hurried. We extend you as much time as you need.

ME OREST RUDZIK:

Thank you, I notice that the document that Madam Justice was quoting from was issued by the Main Commission for the Investigation of Crimes against the Polish Nation. My question to the Bench, since this evidence refers to what happened in Belarus in 1942 and 1943, and as far as I am aware, no Polish nationals were involved, how does the case of Vladimir Katriuk become a concern to the criminal process of Poland?

THE COURT (Madam Justice Bozenna Roguska-Gajewska): We were approached by the Minister of Justice of Canada for help in the case of Mr. Katriuk. Among other things, it was about interrogating a Polish citizen, Mr. Jankowski.

ME OREST RUDZIK:

I understand that, Madam Justice, but other than the fortuitous connection that there happens to be a Polish witness, I understand that there is no other connection between the Polish Government nor any interest in the case of Vladimir Katriuk.

[8] M<sup>c</sup> Rudzik a répondu qu'il ne poserait pas de questions et qu'il formulerait son objection au sujet de l'admissibilité de la preuve recueillie en Pologne à notre retour au Canada. La question a de fait été soulevée au Canada et j'ai décidé que le témoignage de M. Jankowski n'était pas admissible.

[9] La juge polonaise croyait certainement que son gouvernement l'avait autorisée à interroger le témoin, M. Jankowski, conformément au droit polonais. C'est ce qui ressort clairement des propos qu'elle a échangés avec M<sup>c</sup> Rudzik, lesquels figurent aux pages 65, 66, 67, 68 et 69:

[TRADUCTION]

LA COUR (M<sup>me</sup> le juge Bozenna Roguska-Gajewska): Je me demandais simplement s'il nous faut du temps pour préparer les questions.

M<sup>c</sup> OREST RUDZIK:

Je vous remercie, M<sup>me</sup> le juge, mais je crois que nous sommes prêts à poursuivre l'affaire. M<sup>me</sup> le juge, nous serons fort brefs. J'aimerais poser une question à la Cour, si vous me le permettez. Puis, je n'ai qu'à faire un énoncé général de la position que nous adoptons. Étant donné que nous sommes dans votre ressort et que vous nous avez permis de nous asseoir, j'accepterai votre offre.

LA COUR (M<sup>me</sup> le juge Bozenna Roguska-Gajewska): Veuillez vous asseoir et ne vous pressez pas. Nous vous accorderons le temps nécessaire.

M<sup>c</sup> OREST RUDZIK:

Merci, je remarque que le document que M<sup>me</sup> le juge a cité a été préparé par la commission d'enquête principale sur les crimes commis contre la nation polonaise. Étant donné que cet élément de preuve traite de ce qui est arrivé en Biélorussie en 1942 et en 1943 et, qu'autant que je sache, aucun ressortissant polonais n'était en cause, j'aimerais demander à la Cour comment il se fait que le cas de Vladimir Katriuk relève de la procédure pénale polonaise.

LA COUR (M<sup>me</sup> le juge Bozenna Roguska-Gajewska): C'est le ministre de la Justice du Canada qui a communiqué avec nous pour que nous l'aidions dans l'affaire Katriuk. Entre autres choses, il s'agissait d'interroger un citoyen polonais, M. Jankowski.

M<sup>c</sup> OREST RUDZIK:

Je comprends cela, M<sup>me</sup> le juge, mais à part ce lien fortuit, à savoir que le témoin est Polonais, je crois comprendre qu'il n'existe aucun autre lien entre le gouvernement polonais et le cas de Vladimir Katriuk.

THE COURT (Madam Justice Bozena Roguska-Gajewska):  
The Commission takes care of crimes that were affecting the Polish nation, but at that time there were Polish citizens in that area. And there was a lot of crime done to Polish nationals by criminal Ukrainian organizations before 1939 within the borders of Poland. I am making a very general statement without referring to any particular organizations.

ME OREST RUDZIK:

But is Madam Justice aware that the Canadian Government, for reasons best known to itself, is not charging Mr. Katriuk with any crimes?

THE COURT (Madam Justice Bozena Roguska-Gajewska):  
Yes, I can accept that.

ME OREST RUDZIK:

That's why we were puzzled, Madam Justice, why we should be appearing as part of the criminal process. And perhaps our position, Madam Justice . . .

THE COURT (Madam Justice Bozena Roguska-Gajewska):  
We are interrogating a witness here, and he has mentioned the name of Katriuk. So, we cannot really omit that fact, even though the Canadian Government has a different standpoint on that.

ME OREST RUDZIK:

I appreciate that, Madam Justice, and perhaps-I was just going to say I appreciate that, and perhaps you will allow us then to explain our position on behalf of Mr. Katriuk.

With all due respect to our being guests in your jurisdiction, we feel that the differences in our procedures and yours are so radically different, that we would not be able to cure by way of objections the problems we have in what has transpired today, so that we will be presenting our objections in due course as part of our response once we return to Canada. I refer to matters such as examining prior inconsistent statements.

THE INTERPRETER:  
Examining?

ME OREST RUDZIK:

Examining a witness on his own prior inconsistent statement, cross-examining one's own witness, directing and leading questions of one's own witness, and a number of other appropriately permitted procedures under your procedures, but which we have never practised, and in terms of which we have to live with.

LA COUR (M<sup>me</sup> le juge Bozena Roguska-Gajewska):

La commission s'occupe des crimes qui ont été commis contre la nation polonaise, mais à ce moment-là il y avait des citoyens polonais dans cette région. Avant 1939, de nombreux crimes ont été commis à l'intérieur de la Pologne contre des ressortissants polonais par des organisations criminelles ukrainiennes. Je fais ici une déclaration fort générale sans parler d'organisations particulières.

M<sup>c</sup> OREST RUDZIK:

Cependant, M<sup>me</sup> le juge sait-elle que le gouvernement canadien, pour des raisons que lui seul connaît, n'accuse pas M. Katriuk de quelque crime que ce soit?

LA COUR (M<sup>me</sup> le juge Bozena Roguska-Gajewska):  
Oui, je le reconnais.

M<sup>c</sup> OREST RUDZIK:

C'est pourquoi nous sommes étonnés, M<sup>me</sup> le juge, d'avoir à comparaître au criminel. Notre position est peut-être, M<sup>me</sup> le juge [. . .].

LA COUR (M<sup>me</sup> le juge Bozena Roguska-Gajewska):

Nous interrogeons ici un témoin, et il a mentionné qu'il s'appelait Katriuk. Par conséquent, nous ne saurions omettre d'en tenir compte, même si le gouvernement canadien adopte peut-être un point de vue différent.

M<sup>c</sup> OREST RUDZIK:

Je m'en rends bien compte, M<sup>me</sup> le juge, et peut-être - j'allais simplement dire que je m'en rends compte, et vous me permettez peut-être d'expliquer notre position, pour le compte de M. Katriuk.

Avec égards, nous qui sommes invités dans votre ressort croyons que vos règles de procédure et les nôtres sont tout à fait différentes, de sorte que nous ne pourrions pas y remédier en soulevant des objections au sujet des problèmes qui se sont posés aujourd'hui et que nous présenterons nos objections en temps et lieu dans le cadre de notre réponse, une fois revenus au Canada. Je parle de questions telles que l'interrogatoire au sujet de déclarations contradictoires antérieures.

L'INTERPRÈTE:  
L'interrogatoire?

M<sup>c</sup> OREST RUDZIK:

L'interrogatoire d'un témoin au sujet d'une déclaration contradictoire antérieure qu'il a faite, le contre-interrogatoire de son propre témoin, le fait de poser des questions à son propre témoin et un certain nombre d'autres procédures permises à juste titre en vertu de vos règles de procédure, mais que nous n'avons jamais suivies, et auxquelles nous devons nous conformer.

And so, once again, Madam Justice, I thank you for the opportunity and for your courtesy of having us here, but we would conclude on that basis.

[10] It goes without saying that I, as a Canadian Judge, did not have the authority to give any direction or order, while on Polish soil, to the Polish Judge or other officers of the Polish judicial system. As I indicated in open court when I made my ruling, my mandate, as per the order of this Court giving me a Commission to Take Evidence in Poland, was to take the evidence of Mr. Jankowski in accordance with our rules of evidence and procedure. That, as it turned out, was not possible. I will give one example of this. At page 60 of the transcript, Mr. Lucas, for the Minister, asks the following question:

ME DAVID LUCAS:

And now my question is: Who was it exactly that suggested to you that you join the police?

[11] Madam Justice Roguska-Gajewska intervened immediately and indicated to Mr. Lucas that the answer to his question had already been given by the witness in answer to some of her questions. In effect, the Polish Judge was prepared to allow me and the Canadian lawyers to ask questions but she reserved for herself, as she was entitled to, the right to allow or not to allow these questions. That, in my view, was abundantly clear.

[12] The Polish Judge, as I indicated earlier, not only examined Mr. Jankowski but she cross-examined him at length and often challenged his answers by reading to him from statements that he had previously given to the Polish authorities concerning his involvement with Battalion 118.

[13] I ruled that Mr. Rudzik's objection was well taken and that, consequently, Mr. Jankowski's evidence was not admissible in these proceedings. I came to that conclusion because I had not been able to fulfill the mandate entrusted to me, i.e. to take Mr. Jankowski's evidence in accordance with our rules of

Je vous remercie donc encore une fois, M<sup>me</sup> le juge, de la possibilité que vous m'avez donnée et d'avoir bien voulu nous entendre, mais nous allons conclure sur cette base.

[10] Il va sans dire qu'en ma qualité de juge canadien, je n'étais pas autorisé, pendant que j'étais en Pologne, à donner des directives ou un ordre à la juge polonaise ou à d'autres officiers de justice polonais. Comme je l'ai dit à l'audience publique lorsque j'ai rendu ma décision, mon mandat, selon l'ordonnance par laquelle cette Cour m'avait désigné pour recueillir par commission un témoignage en Pologne, consistait à recueillir le témoignage de M. Jankowski conformément aux règles de preuve et de procédure qui s'appliquent au Canada. Cela s'est avéré impossible. Ainsi, à la page 60 de la transcription, M<sup>c</sup> Lucas, au nom du ministre, pose la question suivante:

[TRADUCTION]

M<sup>c</sup> DAVID LUCAS:

Voici ma question: Qui exactement vous a proposé de joindre la police?

[11] M<sup>me</sup> le juge Roguska-Gajewska est immédiatement intervenue et a informé M<sup>c</sup> Lucas que le témoin avait déjà répondu à cette question en répondant à certaines questions qu'elle lui avait posées. En fait, la juge polonaise était prête à me permettre et à permettre aux avocats canadiens de poser des questions, mais elle réservait son droit, comme elle pouvait à juste titre le faire, d'autoriser ou de ne pas autoriser ces questions. À mon avis, cela était tout à fait clair.

[12] Comme je l'ai déjà dit, la juge polonaise a non seulement interrogé M. Jankowski, mais elle l'a contre-interrogé à fond et elle a souvent contesté ses réponses en lui lisant des déclarations qu'il avait déjà faites aux autorités polonaises au sujet de sa participation aux activités du Bataillon 118.

[13] J'ai décidé que l'objection de M<sup>c</sup> Rudzik était fondée et que le témoignage de M. Jankowski n'était donc pas admissible. J'ai tiré cette conclusion parce que je n'avais pas été en mesure de m'acquitter du mandat qui m'avait été confié, c'est-à-dire de recueillir le témoignage de M. Jankowski conformément aux

evidence and procedure. I do not believe, in the circumstances, that it would have been proper to admit Mr. Jankowski's evidence.

---

<sup>1</sup> P. 53 of the transcript.

règles de preuve et de procédure qui s'appliquent au Canada. Dans ces conditions, je ne crois pas qu'il aurait été approprié d'admettre le témoignage de M. Jankowski.

---

<sup>1</sup> P. 53 de la transcription.

<b>Her Majesty the Queen</b> ( <i>Appellant</i> )	A-752-97	<b>Sa Majesté la Reine</b> ( <i>appelante</i> )	A-752-97
v.		c.	
<b>Gary J. Corsano</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>Gary J. Corsano</b> ( <i>intimé</i> )	
<b>Her Majesty the Queen</b> ( <i>Appellant</i> )	A-753-97	<b>Sa Majesté la Reine</b> ( <i>appelante</i> )	A-753-97
v.		c.	
<b>Jon Lawrence</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>Jon Lawrence</b> ( <i>intimé</i> )	
<b>Her Majesty the Queen</b> ( <i>Appellant</i> )	A-754-97	<b>Sa Majesté la Reine</b> ( <i>appelante</i> )	A-754-97
v.		c.	
<b>John Harvey MacDonald</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>John Harvey MacDonald</b> ( <i>intimé</i> )	
<b>Her Majesty the Queen</b> ( <i>Appellant</i> )	A-755-97	<b>Sa Majesté la Reine</b> ( <i>appelante</i> )	A-755-97
v.		c.	
<b>Ernest Parsons</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>Ernest Parsons</b> ( <i>intimé</i> )	
<b>Her Majesty the Queen</b> ( <i>Appellant</i> )	A-756-97	<b>Sa Majesté la Reine</b> ( <i>appelante</i> )	A-756-97
v.		c.	
<b>Sanjiv Maindiratta</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>Sanjiv Maindiratta</b> ( <i>intimé</i> )	
<b>Her Majesty the Queen</b> ( <i>Appellant</i> )	A-757-97	<b>Sa Majesté la Reine</b> ( <i>appelante</i> )	A-757-97
v.		c.	
<b>George Wheeliker</b> ( <i>Respondent</i> )		<b>George Wheeliker</b> ( <i>intimé</i> )	

**INDEXED AS: CANADA v. CORSANO (C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: CANADA c. CORSANO (C.A.)**

Court of Appeal, Desjardins, Létourneau and Noël  
J.J.A. — Halifax, March 12; Ottawa, March 29, 1999.

Cour d'appel, juges Desjardins, Létourneau et Noël,  
J.C.A. — Halifax, 12 mars; Ottawa, 29 mars 1999.

*Income tax — Corporations — Appeals from T.C.C.  
decision respondents, benevolent directors of not-for-profit*

*Impôt sur le revenu — Corporations — Appels contre une  
décision de la C.C.I. suivant laquelle les intimés, adminis-*

corporation, not responsible for unremitted federal income tax withheld from wages of employees — *Income Tax Act*, s. 227.1 holding jointly, severally liable directors of corporation failing to remit taxes due on salary, wages — S. 227.1(3) providing director not so liable where exercising degree of diligence, care, skill to prevent failure reasonably prudent person would exercise — Respondents, acting as directors, aware of failure to remit sums 9 or 10 months before Corporation bankrupt — T.C.J. holding as respondents not de jure directors as defined by incorporating legislation, not liable under s. 227.1(1) — *Per Létourneau J.A. (concurring in result): S. 227.1 intended to cover all types of directors as evidenced by nature of obligation imposed on corporation, directors; nature of debt owed; nature of relationship between corporation, directors, employees, Crown — Unduly restrictive interpretation of s. 227.1(1) compromising valid social objectives of provision — S. 227.1(3) imposing one standard of care on all directors — Application of standard flexible because different skills, factors, circumstances weighed in measuring whether director met standard of care — On learning of Corporation's financial difficulties or failure to remit, respondents under positive duty to act to prevent failure to make current, future remittances — No positive steps taken to correct, prevent Corporation's failure to remit deductions — Delegation of authority to Manager amounting to abdication — Directors not exercising degree of care, diligence expected to prevent failure to withhold, remit — *Per Noël J.A. (Desjardins J.A. concurring) — Neither Nova Scotia Companies Act nor common law conferring status of director on those not qualified — But principle underlying common law remedies devised to assist third parties dealing with unqualified directors person lacking requisite qualifications prevented from pleading such failure to escape liability attaching to director — Respondents cannot raise lack of qualification as defence to liability under s. 227.1.**

*Corporations — Appeals from T.C.C. decision respondent benevolent directors of not-for-profit corporation not vicariously liable under Income Tax Act, s. 227.1 for unremitted federal income tax withheld from wages of employees — T.C.J. holding as respondents not de jure directors, s. 227.1 not applicable — Létourneau J.A.*

*trateurs bénévoles d'une corporation sans but lucratif, ne sont pas responsables de retenues d'impôt fédéral à la source sur le salaire d'employés, qui n'ont pas fait l'objet d'une remise — L'art. 227.1 de la Loi de l'impôt sur le revenu tient solidairement responsables les administrateurs d'une corporation qui omet de remettre des impôts dus sur le salaire ou la rémunération — L'art. 227.1(3) prévoit qu'un directeur n'est pas responsable de cette omission 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 — Les intimés, agissant comme administrateurs, ont appris l'omission de remettre des sommes 9 ou 10 mois avant la faillite de la corporation — Le juge de la C.C.I. a conclu que, n'étant pas administrateurs de jure suivant la définition donnée par la loi constitutive, les intimés n'étaient pas responsables en vertu de l'art. 227.1(1) — Le juge Létourneau (souscrivant au résultat): l'art. 227.1 a voulu recouvrir tous les genres d'administrateurs comme le montrent la nature des responsabilités confiées à la corporation et à ses administrateurs, la nature de la dette, la nature des liens entre la corporation, les administrateurs, les employés et Sa Majesté — Une interprétation trop restrictive de l'art. 227.1(1) compromettrait les objectifs sociaux valides de la disposition — L'art. 227.1(3) impose une seule norme applicable à tous les administrateurs — L'application de la norme est souple, à cause des connaissances, des facteurs et des circonstances différents qu'il faut apprécier pour déterminer si un administrateur s'est conformé à la norme de prudence — Dès qu'ils ont pris connaissance des difficultés financières de la corporation ou de l'omission de remettre les sommes dues, les intimés avaient le devoir de prévenir l'omission de payer les sommes dues et à venir — Aucune mesure précise n'a été prise pour corriger, prévenir l'omission de la corporation de remettre les déductions à la source — La délégation d'autorité au directeur général équivaut à une abdication — Les administrateurs n'ont pas fait preuve du degré de prudence et de diligence nécessaire pour prévenir l'omission de retenir et remettre les sommes visées — Le juge Noël (le juge Desjardins souscrivant) — Ni la Companies Act de la Nouvelle-Écosse ni la common law ne confèrent le statut d'administrateur à des personnes non éligibles — Mais, suivant un principe qui sous-tend ces redressements en common law conçu pour protéger les tiers qui traitent avec des administrateurs non éligibles, une personne qui n'a pas satisfait aux critères d'éligibilité ne peut se fonder sur ce fait pour échapper aux responsabilités de la charge d'administrateur — Les intimés ne peuvent invoquer l'inéligibilité pour se dégager de leurs obligations en vertu de l'art. 227.1.*

*Corporations — Appels contre une décision de la C.C.I. suivant laquelle les intimés, administrateurs bénévoles d'une corporation sans but lucratif, ne sont pas responsables du fait d'autrui en vertu de l'art. 227.1 de la Loi de l'impôt sur le revenu pour des retenues d'impôt fédéral à la source sur le salaire d'employés, qui n'ont pas fait l'objet d'une remise*

*(concurring in result) holding s. 227.1(1) applicable to all directors; s. 227.1(3) imposing one standard of care — Respondents not meeting that standard — Noël J.A. (Desjardins J.A. concurring) examining Nova Scotia Companies Act to determine legislative intent as to who has status of director under law — Neither Act nor common law conferring status of director on those not qualified — But principle underlying remedies devised by courts to protect third parties that person lacking requisite qualifications prevented from pleading such failure to escape liability attaching to director — Respondents cannot raise lack of qualification as defence to liability under s. 227.1.*

These were appeals from the Tax Court's decision that the respondents were not subject to the vicarious liability imposed by *Income Tax Act*, subsection 227.1(1) for unremitted federal income tax withheld from the wages paid to the employees of Louisbourg Harbourfront Park Ltd. (the Corporation), a non-profit corporation incorporated under the *Companies Act* of Nova Scotia. None of the respondents owned a share of the Corporation as required by the Articles of Association of the Corporation, but all acted as directors. By March 1993 there were nine directors, two more than required by the Articles of Association. The respondents were not paid for their services. The Corporation failed to remit the income taxes withheld from wages of its employees from January 1992 to October 1993. Although the respondents knew of the failure to withhold and remit the sums due from January or February 1993, the failure continued until October 1993 when the Corporation went bankrupt. Subsection 227.1(1) holds jointly and severally liable the directors of a corporation who have failed to remit the taxes due on salary or wages. Subsection 227.1(3) provides that a director is not so liable where he exercised the degree of care, diligence and skill to prevent the failure that a reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances. The respondents were assessed for source deductions not remitted. On appeal therefrom, the Tax Court held that "director" means a *de jure* director for the purposes of subsection 227.1(1) as defined by the incorporating legislation. It held both that the respondents were not *de jure* directors as defined by the Act and that *de facto* directors were not directors under the Act. As a result, the respondents were not subject to the vicarious liability imposed by subsection 227.1(1).

*Held*, the appeal should be allowed.

— *Le juge de la C.C.I. a conclu que, les intimés n'étant pas administrateurs de jure, l'art. 227.1 ne s'applique pas — Le juge Létourneau (souscrivant au résultat) conclut que l'art. 227.1(1) s'applique à tous les administrateurs; l'art. 227.1(3) impose une seule norme de prudence — Les intimés n'ont pas respecté cette norme — Le juge Noël (le juge Desjardins souscrivant) a examiné la Companies Act de la Nouvelle-Écosse pour dégager l'intention du législateur quant à savoir qui a le statut d'administrateur en vertu de la loi — Ni la loi ni la common law ne confèrent le statut d'administrateur à des personnes non éligibles — Mais, suivant un principe qui sous-tend les redressements conçus par les tribunaux pour protéger les tiers, une personne qui n'a pas satisfait aux critères d'éligibilité ne peut se fonder sur ce fait pour échapper aux responsabilités de la charge d'administrateur — Les intimés ne peuvent invoquer l'inéligibilité pour se dégager de leurs obligations en vertu de l'art. 227.1.*

Il s'agit d'appels de la décision de la Cour de l'impôt suivant laquelle les intimés ne pouvaient être tenus responsables du fait d'autrui en vertu du paragraphe 227.1(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour des retenues d'impôt à la source sur le salaire des employés de Louisbourg Harbourfront Park Ltd. (la Corporation), une corporation sans but lucratif constituée en vertu de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse, qui n'ont pas fait l'objet d'une remise. Aucun des intimés ne détenait une action de la Corporation comme l'exigeaient les statuts constitutifs de la Corporation, mais tous ont exercé les fonctions d'administrateurs. En mars 1993, il y avait neuf administrateurs, deux de plus que l'exigeaient les statuts constitutifs. Les intimés n'étaient pas rémunérés à ce titre. Entre janvier 1992 et octobre 1993, la Corporation n'a pas remis l'impôt sur le revenu retenu sur les salaires versés à ses employés. Bien que les intimés aient appris l'omission de retenir et de remettre les sommes dues dès janvier ou février 1993, l'omission a continué jusqu'à la faillite de la Corporation en octobre 1993. Le paragraphe 227.1(1) de la Loi rend solidairement responsables les administrateurs d'une corporation qui a omis de remettre les impôts dus sur les traitements et salaires. Le paragraphe 227.1(3) prévoit qu'un administrateur n'est pas responsable 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. Les intimés ont fait l'objet de cotisations pour les retenues à source non remises. En appel de ces cotisations, la Cour de l'impôt a conclu que, aux fins du paragraphe 227.1(1), «administrateur» vise un administrateur de droit tel que défini dans la loi constitutive. Elle a conclu que les intimés n'étaient pas des administrateurs de droit en vertu de la Loi et que les administrateurs de fait n'étaient pas des administrateurs au sens de la Loi. En conséquence, les intimés ne pouvaient être tenus responsables du fait d'autrui en vertu du paragraphe 227.1(1).

*Arrêt*: l'appel doit être accueilli.

*Per Létourneau J.A. (concurring in the result):* It was the scope of *Income Tax Act*, subsection 227.1(1) which had to be determined, not the scope of the *Nova Scotia Companies Act*. Subsection 227.1(1) imposes liability on all the directors of a corporation who have failed to remit to Revenue Canada the sums due. By using the word "director" without qualifications in subsection 227.1(1), Parliament intended it to cover all types of directors known in company law, including, amongst others, *de jure* and *de facto* directors. The statutory law is to be looked at "for guidance". It is not exclusive and determinative, especially where the issue is whether a person ostensibly acted as a director and therefore was a *de facto* or acting director (an issue generally governed by common law principles). That Parliament intended to give a broad and unrestricted meaning to the word "director" in subsection 227.1(1) was evidenced by the nature of the obligation put on the corporation and its directors, the nature of the debt owed by the corporation and the nature of the relationship between the corporation, the directors, the employees and the Crown.

The Tax Court's interpretation of subsection 227.1(1) was too restrictive, and compromised the valid social objectives sought to be attained by the provision. The fact that it imposes liability on the directors personally for their own failure to act does not justify the restrictive interpretation put on "director". In view of the broad wording of "director" in subsection 227.1(1), a failure to recognize the responsibility and liability of persons acting as *de facto* directors amounted to condoning and inviting the performance of acts and omissions by such persons which are detrimental to employees and the public in a trust-like situation.

Subsection 227.1(3) imposes only one standard of care on all directors of all companies. It is the application of the standard which is flexible because of the varying and different skills, factors and circumstances that are to be weighed in measuring whether a director in a given situation lived up to the standard of care established by the Act.

Upon learning of the Corporation's financial difficulties or its failure to remit, the respondents came under a positive duty to act to prevent failure to make current and future remittances, and not simply to cure default after the fact. No positive steps were taken to prevent the Corporation's failure to remit current and future source deductions when it started to experience financial difficulties. The directors delegated their authority on this matter to the Manager, but failed to control its exercise by setting up controls to account for remittances, asking for regular reports from the Manager, or ensuring at regular intervals that the remittances had taken place, notwithstanding clear evidence of repeated omissions and failures on the Manager's part. The delegation amounted

Le juge Létourneau, J.C.A., (souscrivant au résultat): C'est la portée du paragraphe 227.1(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qu'il faut déterminer et non celle de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse. Le paragraphe 227.1(1) rend responsables tous les administrateurs d'une corporation qui a omis de remettre les sommes dues à Revenu Canada. En utilisant le terme «administrateurs» sans restrictions au paragraphe 227.1(1), le législateur a voulu qu'il recouvre tous les genres d'administrateurs reconnus en droit des corporations, notamment les administrateurs de droit et de fait. Le droit législatif doit aider à trouver une réponse. Il n'offre rien d'exclusif ou de déterminant, surtout lorsque la question à trancher est de savoir si une personne a agi ostensiblement comme un administrateur, devenant ainsi un administrateur de fait (question généralement réglée par des principes de common law). On peut constater que le législateur a voulu donner un sens large au terme «administrateur» dans le paragraphe 227.1(1) en regardant la nature des responsabilités confiées à la corporation et à ses administrateurs, la nature de la dette de la corporation, et les liens entre la corporation, les administrateurs, les employés et Sa Majesté.

L'interprétation que la Cour de l'impôt a donnée au paragraphe 227.1(1) est trop restrictive et a eu pour effet de compromettre les objectifs sociaux valides visés par cette disposition. Le fait qu'elle rende les administrateurs personnellement responsables de leurs propres manquements ne justifie pas l'interprétation restrictive donnée au terme «administrateur». Compte tenu du sens large du terme «administrateur» au paragraphe 227.1(1), l'omission de reconnaître la responsabilité de personnes agissant à titre d'administrateurs de fait revient à avaliser et à encourager des actions ou omissions de ces personnes, préjudiciables aux employés et au public, dans une situation quasi fiduciaire.

Le paragraphe 227.1(3) n'établit qu'une seule norme applicable à tous les administrateurs de toutes les corporations. C'est l'application de la norme qui est souple, à cause des connaissances, des facteurs et des circonstances variés et différents qu'il faut apprécier pour déterminer si, dans une situation donnée, un administrateur s'est conformé à la norme de prudence prévue dans la Loi.

Dès que les intimés ont pris connaissance des difficultés financières de la Corporation ou de l'omission de remettre les sommes dues, il était de leur devoir de prévenir l'omission de payer les sommes dues et à venir et non seulement de réparer le manquement après coup. Aucune mesure précise n'a été prise pour éviter que la Corporation ne manque à son obligation de remettre les déductions à la source dues et à venir lorsqu'elle a commencé à avoir des difficultés financières. Les administrateurs ont délégué leur autorité en la matière au directeur général, mais ils ont omis d'en contrôler l'exercice par la mise en place de contrôles pour les versements à faire, la demande de rapports périodiques du directeur général sur la situation, et la vérification

to abdication. The directors did not exercise the degree of care and diligence expected to prevent a failure to withhold and remit when such known failure was allowed to repeat itself uninterrupted for one year.

*Per* Noël J.A. (Desjardins J.A. concurring): As the *Income Tax Act* does not define "director", and the definition of "director" in the Corporation's incorporating legislation was inclusive, regard was had to the provisions of the *Nova Scotia Companies Act* to determine the legislative intent with respect to those who have under the law the status of "director". The *Companies Act* recognizes that persons will act as directors without being qualified to do so, and the legislator has, despite this absence of qualification, chosen to validate those acts in the circumstances. But the Act does not give those acting as directors without the requisite qualifications the status of director. Nor does the common law. Over the years courts have devised remedies to assist third parties who deal with persons who act as directors, or who are held out by the company as directors although they lack the required qualification or authority. One principle underlying these common law remedies is that a person who has not obtained the requisite qualifications is prevented from pleading this failure in order to escape liability attaching to a director. The respondents, having acted as directors, in conformity with the will of the shareholders, should not be allowed to assert their lack of qualification to escape the liability cast upon directors by section 227.1.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16.  
*Companies Act*, R.S.N.S. 1967, c. 42.  
*Companies Act*, R.S.N.S. 1989, c. 81, ss. 2(1)(f) (as am. by S.N.S. 1990, c. 15, s. 2), 30(b),(d), 95(1),(3),(4), 97.  
*Companies Act, 1985* (U.K.), 1985, c. 6.  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 153 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 104; 1987, c. 46, s. 51), 227.1(1) (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 124; 1984, c. 1, s. 100), (3) (as enacted *idem*), (4) (as enacted *idem*).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Owen Sound Lumber Co., Re* (1917), 38 O.L.R. 414 (App. Div.).

régulière du fait que les versements avaient été effectués, malgré la preuve claire d'omissions répétées de la part du directeur général. La délégation équivalait à une abdication. Les administrateurs n'ont pas fait preuve du degré de prudence et de diligence nécessaire pour prévenir le manquement de retenir et remettre les sommes visées, manquement qui a persisté au su de tous pendant toute une année.

Le juge Noël, J.C.A. (le juge Desjardins, J.C.A., souscrivant): Comme la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne définit pas le terme «administrateur» et comme la définition de ce même terme dans la loi constitutive de la corporation est inclusive, il faut examiner les dispositions de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse pour dégager l'intention du législateur quant à savoir qui a le statut d'«administrateur» en vertu de la Loi. La *Companies Act* reconnaît la possibilité que des personnes agissent comme administrateurs alors qu'elles ne sont pas éligibles, et le législateur a choisi, malgré cela, de valider leurs actes dans les circonstances. Mais la Loi n'accorde pas le statut d'administrateurs aux personnes qui agissent comme tels alors qu'elles ne sont pas éligibles, et la common law non plus. Au fil des ans, les tribunaux ont trouvé des formules pour protéger les tiers ayant traité avec des personnes agissant comme administrateurs, ou que les compagnies ont désignées comme telles, alors qu'elles n'étaient pas éligibles et donc n'avaient aucun statut. Un des principes qui sous-tendent ces redressements en common law veut qu'une personne qui n'a pas satisfait aux critères d'éligibilité ne peut se fonder sur ce fait pour échapper aux responsabilités de la charge d'administrateur. Ayant agi comme administrateurs selon la volonté des actionnaires, les intimés ne devraient pas être autorisés à s'appuyer sur le fait qu'ils n'étaient pas éligibles pour échapper aux obligations imposées aux administrateurs par l'article 227.1.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Companies Act*, R.S.N.S. 1967, ch. 42.  
*Companies Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 81, art. 2(1)(f) (mod. par S.N.S. 1990, ch. 15, art. 2), 30(b),(d), 95(1),(3), (4), 97.  
*Companies Act, 1985* (R.-U.), 1985, ch. 6.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 153 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 104; 1987, ch. 46, art. 51), 227.1(1) (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 124; 1984, ch. 1, art. 100), (3) (édicte *idem*), (4) (édicte, *idem*).  
*Lois sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, ch. B.16.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Owen Sound Lumber Co., Re* (1917), 38 O.L.R. 414 (Div. app.).

## CONSIDERED:

*Kalef v. R.*, [1996] 2 C.T.C. 1; (1996), 96 DTC 6132; 194 N.R. 39 (F.C.A.); *Macdonald v. Drake* (1906), 16 Man. L.R. 220; [1906] 4 W.L.R. 434 (C.A.); *Northern Trust Co. v. Butchart* (1917), 35 D.L.R. 169; [1917] 2 W.W.R. 405 (Man. K.B.); *Lo-Line Electric Motors Ltd., Re*, [1988] 2 All ER 692 (Ch. D.); *Stanford Services Ltd., Re*, [1987] B.C.L.C. 607 (Ch. D.); *Soper v. Canada*, [1998] 1 F.C. 124; (1997), 149 D.L.R. (4th) 297; [1997] 3 C.T.C. 242; 97 DTC 5407; 215 N.R. 372 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Canadian Casket Co. Ltd., Re* (1933), 14 C.B.R. (N.S.) 148 (Ont. S.C.); *White (J.) v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2566; (1990), 91 DTC 54 (T.C.C.); *Oliver et al. v. Elliott et al.* (1960), 23 D.L.R. (2d) 486; 30 W.W.R. 641 (Alta. S.C.).

## AUTHORS CITED

Gower, L. C. B. *Gower's Principles of Modern Company Law*, 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 1992.  
Iacobucci, Frank *et al. Canadian Business Corporations: An Analysis of Recent Legislative Developments*. Agincourt, Ont.: Canada Law Book, 1977.  
Wegenast, F. W. *The Law of Canadian Companies*, Toronto: Carswell, 1979.

APPEAL from Tax Court of Canada decision that respondents, benevolent directors of not-for-profit corporation, were not subject to the vicarious liability imposed by *Income Tax Act*, subsection 227.1(1) for unremitted federal income tax withheld from wages paid to employees (*sub nom. Wheeliker v. R.*, [1998] 1 C.T.C. 2021; (1997), 98 DTC 1110 (T.C.C.)). Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Valerie A. Miller* and *Michael J. Butler* for appellant.  
*James R. Gogan* for respondent Gary J. Corsano.  
*Frank L. Elman, Q.C.*, for respondents Jon Lawrence, John Harvey MacDonald and Ernest Parsons.  
*Nancy F. Barteaux* for respondent Sanjiv Maindiratta.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Kalef c. R.*, [1996] 2 C.T.C. 1; (1996), 96 DTC 6132; 194 N.R. 39 (C.A.F.); *Macdonald v. Drake* (1906), 16 Man. L.R. 220; [1906] 4 W.L.R. 434 (C.A.); *Northern Trust Co. v. Butchart* (1917), 35 D.L.R. 169; [1917] 2 W.W.R. 405 (B.R. Man.); *Lo-Line Electric Motors Ltd., Re*, [1988] 2 All ER 692 (Ch. D.); *Stanford Services Ltd., Re*, [1987] B.C.L.C. 607 (Ch. D.); *Soper c. Canada*, [1998] 1 C.F. 124; (1997), 149 D.L.R. (4th) 297; [1997] 3 C.T.C. 242; 97 DTC 5407; 215 N.R. 372 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Canadian Casket Co. Ltd., Re* (1933), 14 C.B.R. (N.S.) 148 (C.S. Ont.); *White (J.) c. M.R.N.*, [1990] 2 C.T.C. 2566; (1990), 91 DTC 54 (C.C.I.); *Oliver et al. v. Elliott et al.* (1960), 23 D.L.R. (2d) 486; 30 W.W.R. 641 (C.S. Alb.).

## DOCTRINE

Gower, L. C. B. *Gower's Principles of Modern Company Law*, 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 1992.  
Iacobucci, Frank *et al. Canadian Business Corporations: An Analysis of Recent Legislative Developments*. Agincourt, Ont.: Canada Law Book, 1977.  
Wegenast, F. W. *The Law of Canadian Companies*, Toronto: Carswell, 1979.

APPEL d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt suivant laquelle les intimés, administrateurs bénévoles d'une corporation sans but lucratif, ne pouvaient être tenus responsables du fait d'autrui en vertu du paragraphe 227.1(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour des retenues d'impôt fédéral à la source sur le salaire versé à des employés, qui n'ont pas été remises (*sub nom. Wheeliker c. R.*, [1998] 1 C.T.C. 2021; (1997), 98 DTC 1110 (C.C.I.)). Appel accueilli.

## ONT COMPARU:

*Valerie A. Miller* et *Michael J. Butler* pour l'appelante.  
*James R. Gogan* pour l'intimé Gary J. Corsano.  
*Frank L. Elman, c.r.*, pour les intimés Jon Lawrence, John Harvey MacDonald et Ernest Parsons.  
*Nancy F. Barteaux* pour l'intimé Sanjiv Maindiratta.

*Dwight J. W. Rudderham* for respondent George Wheeliker.

*Dwight J. W. Rudderham* pour l'intimé George Wheeliker.

SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.

*Sampson McDougall*, Sydney, Nova Scotia, for respondents Gary J. Corsano and Sanjiv Maindiratta.

*Elman, Kuna*, Sydney, Nova Scotia, for respondents Jon Lawrence, John Harvey MacDonald and Ernest Parsons.

*Rudderham Chernin Law Office, Inc.*, Sydney, Nova Scotia, for respondent George Wheeliker.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

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

*Sampson McDougall*, Sydney (Nouvelle-Écosse), pour les intimés Gary J. Corsano et Sanjiv Maindiratta.

*Elman, Kuna*, Sydney (Nouvelle-Écosse), pour les intimés Jon Lawrence, John Harvey MacDonald et Ernest Parsons.

*Rudderham Chernin Law Office, Inc.*, Sydney (Nouvelle-Écosse), pour l'intimé George Wheeliker.

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

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

[1] LÉTOURNEAU J.A.: I have had the benefit of reading the reasons prepared by my colleague Noël J.A. and share his views as to the liability of the respondents. However, I have come to such conclusion from a different approach which needs to be stated. It involves legal considerations with respect to the interpretation of subsections 227.1(1) [as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 124; 1984, c. 1, s. 100] and (3) [as enacted *idem*] of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] (the Act) and the application of the defence of due care and diligence.

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de mon collègue le juge d'appel Noël et je partage son avis quant à la responsabilité des intimés. Je suis toutefois arrivé à cette conclusion par un processus différent que je me dois d'exposer et qui implique une analyse des questions de droit liées à l'interprétation des paragraphes 227.1(1) [édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 124; 1984, ch. 1, art. 100] et (3) [édicte, *idem*] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63] (la Loi), ainsi qu'à l'utilisation de la défense fondée sur le degré de soin et de diligence.

The meaning and scope of the term "director" in subsection 227.1(1) of the *Income Tax Act*

Le sens et l'étendue du terme «administrateur» au paragraphe 227.1(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*

[2] Subsection 227.1(1) of the Act holds jointly and severally liable the directors of a corporation who have failed to withhold, deduct and pay to Revenue Canada the taxes due on salary or wages when so required. Sections 153 [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 104; 1987, c. 46, s. 51] and 227.1 which are intertwined read:

[2] Le paragraphe 227.1(1) de la Loi rend solidairement responsables les administrateurs d'une corporation qui a omis de déduire ou de retenir, et de remettre à Revenu Canada au moment où elle était tenue de le faire, les impôts dus sur les traitements et salaires. Les articles 153 [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 104; 1987, ch. 46, art. 51] et 227.1, qui sont fortement liés, prévoient:

153. (1) Every person paying at any time in a taxation year

153. (1) Toute personne qui verse à une date quelconque d'une année d'imposition

(a) salary or wages or other remuneration,

...

shall deduct or withhold therefrom such amount as may be determined in accordance with prescribed rules and shall, at such time as may be prescribed, remit that amount to the Receiver General on account of the payee's tax for the year under this Part or Part XI.3, as the case may be.

...

**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.

[3] The learned Tax Court Judge [[1998] 1 C.T.C. 2021 (T.C.C.)] adopted the respondents' contention that the notion of director found in the Nova Scotia *Companies Act* [R.S.N.S. 1989, c. 81] refers to the concept of *de jure* director only and does not incorporate that of the *de facto* administrator recognized by the common law in Nova Scotia. On appeal, both the appellant and the respondents from their respective perspectives have argued strenuously against and in support of this legal finding by the Tax Court Judge. With respect, I think the respondents' contention is a red herring which has contributed to mask the real issue in the present instance and the proper approach to be taken to the determination of the respondents' liability towards Revenue Canada for the remittances due. As is often the case with a red herring, it gives rise to most stimulating but generally irrelevant discussions.

[4] As a matter of fact, the governing provision which is in dispute here is subsection 227.1(1) of the Act. It is the scope of this provision which falls to be determined, not the scope of the Nova Scotia *Companies Act*. Much of the focus has been put, unnecessarily in my view, on the ambiguous and free use of the word "director" in the Nova Scotia *Companies Act* and on the proper scope and interpretation of that *Companies Act*. This is, as we shall see, the result of the respondents misconstruing an earlier decision of

a) un traitement, un salaire ou autre rémunération,

[. . .]

doit en déduire ou en retenir la somme qui peut être prescrite et doit, à la date qui peut être fixée par règlement, remettre cette somme au receveur général au titre de l'impôt du bénéficiaire ou du dépositaire, selon le cas, pour l'année en vertu de la présente partie ou de la partie XI.3.

[. . .]

**227.1** (1) Lorsqu'une corporation 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 de la Partie VIII pour une année d'imposition, les administrateurs de la corporation, à la date à laquelle la corporation était tenue de déduire, de retenir, de verser ou de payer la somme, sont solidairement responsables, avec la corporation, du paiement de cette somme, incluant tous les intérêts et toutes les pénalités s'y rapportant.

[3] Le juge de la Cour de l'impôt [[1998] 1 C.T.C. 2021 (C.C.I.)] a adopté le point de vue des intimés et conclu que le terme «administrateur» que l'on trouve dans la *Companies Act* [R.S.N.S. 1989, ch. 81] de la Nouvelle-Écosse ne s'entend que des administrateurs de droit et non des administrateurs de fait reconnus par la common law en Nouvelle-Écosse. En appel, les parties ont présenté des arguments divergents et bien structurés, appuyant ou contestant la conclusion de droit du juge de la Cour de l'impôt. Avec égards, je considère que les prétentions des intimés font diversion et tendent à masquer la vraie question en l'instance ainsi que l'approche qu'il faut prendre pour déterminer leur responsabilité en ce qui a trait à la remise des fonds en cause à Revenu Canada. Comme c'est souvent le cas de toutes les diversions, celle-ci soulève des questions intéressantes, quoique non pertinentes pour la plupart.

[4] En fait, la disposition-clé en l'instance est le paragraphe 227.1(1) de la Loi. C'est la portée de cette disposition qu'il faut déterminer et non celle de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse. On a beaucoup parlé, sans que cela soit pertinent à mon avis, de l'utilisation libre et ambiguë du terme «administrateur» dans la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse, ainsi que de la portée et de l'interprétation à donner à cette Loi. Comme on le verra plus loin, ceci tient au fait que les intimés ont mal interprété une décision anté-

this Court and the purpose of subsection 227.1(1) of the Act.

[5] Subsection 227.1(1) of the Act imposes liability on all the directors of a corporation who have failed to remit to Revenue Canada the sums due. The word “directors” in the said subsection is unrestricted and unqualified. It is a basic rule of legislative drafting, based on the corresponding rule of interpretation which conditions drafting, that the use of a generic word without restrictions or qualifications conveys the legislator’s intention that the word be given a broad meaning. Here, by using the word “directors” without qualifications in subsection 227.1(1), Parliament intended the word to cover all types of directors known to the law in company law, including, amongst others, *de jure* and *de facto* directors.

[6] It bears repeating that there is no disagreement between the parties, and the Tax Court Judge so found, that the Nova Scotia common law has developed the concept of *de facto* director. I hasten to add that, in this regard, the legal situation is practically the same in all common law jurisdictions across Canada.

[7] Yet, notwithstanding that, the Tax Court Judge concluded that the word “directors” in subsection 227.1(1) of the Act refers only to *de jure* directors. In coming to such conclusion he relied first upon the decision of this Court in *Kalef v. R.*<sup>1</sup> to which he gave an erroneous interpretation. This is apparent from the following excerpts at pages 2030 and 2031 of his decision:

Since the jurisprudence is clear that, for the purposes of subsection 227.1(1) of the Act, to discover the meaning of “director” one must look to the incorporating legislation of the Corporation, one should do so and avoid general principles of common law. Therefore, although they may have been *de facto* directors at common law, they were not under the *Companies Act* and should not be held vicariously liable under section 227.1 of the Act.

...

It seems clear that in analyzing the definition of “director” in the *Ontario Business Corporations Act*, which definition is practically identical to paragraph 2(1)(f) of the *Companies*

rière de notre Cour ainsi que l’objet du paragraphe 227.1(1) de la Loi.

[5] Le paragraphe 227.1(1) de la Loi rend responsables tous les administrateurs d’une corporation qui a omis de remettre les sommes dues à Revenu Canada. Dans ce paragraphe, le terme «administrateurs» n’est aucunement restreint ou précisé. Une des règles élémentaires de rédaction législative, dictée par une règle d’interprétation correspondante, prévoit que l’usage d’un terme générique sans restrictions ou précisions exprime la volonté du législateur de lui donner un sens large. Ici, en utilisant le terme «administrateurs» sans restrictions au paragraphe 227.1(1), le législateur a voulu qu’il recouvre tous les genres d’administrateurs reconnus en droit des sociétés, notamment les administrateurs de droit et de fait.

[6] Il est utile de répéter que les parties sont d’accord sur le fait que la common law de la Nouvelle-Écosse a intégré le concept d’administrateur de fait, conclusion à laquelle le juge de la Cour de l’impôt arrive aussi. À cet égard, je m’empresse d’ajouter que cette réalité juridique existe sous une forme très semblable dans tous les ressorts de common law au Canada.

[7] Pourtant, malgré cela, le juge de la Cour de l’impôt a conclu que le terme «administrateurs» au paragraphe 227.1(1) de la Loi ne comprend que les administrateurs de droit. Il s’appuie tout d’abord sur la décision de notre Cour dans *Kalef c. R.*<sup>1</sup> à laquelle il donne une interprétation erronée. Ceci ressort clairement des extraits suivants de sa décision (aux pages 2030 et 2031):

Étant donné que la jurisprudence montre clairement que, pour l’application du paragraphe 227.1(1) de la Loi, il faut, pour découvrir le sens d’«administrateur», examiner la loi constitutive de la corporation, il faudrait le faire et éviter les principes généraux de common law. Par conséquent, même si les appelants étaient peut-être des administrateurs de fait en common law, ils ne l’étaient pas en vertu de la *Companies Act* et ils ne devraient pas être tenus responsables du fait d’autrui en vertu de l’article 227.1 de la Loi.

[. . .]

Il semble clair qu’en analysant la définition d’«administrateur» de la *Loi sur les sociétés par actions de l’Ontario*, laquelle est presque identique à celle figurant à l’alinéa

*Act*, the Federal Court of Appeal found that the definition referred to a *de jure* director.

[8] Let me say outright that our Court never decided in the *Kalef* case that the definition in the Ontario *Business Corporations Act* [R.S.O. 1990, c. B.16] referred to a *de jure* director. The Court was called upon to determine if the director of a corporation ceases to be a director for the purpose of subsection 227.1(4) [as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 124] of the Act when a trustee in bankruptcy is appointed. It concluded that Mr. Kalef did not fulfil any of the requirements under the Ontario *Business Corporations Act* which would have indicated that he had ceased to be a director. Therefore, he had remained a director notwithstanding the appointment of a trustee.

[9] In addition, our Court never decided that, in interpreting the word “director” in subsection 227.1(1) of the Act, one can only look at the company’s incorporating legislation and not at the common law. Here is what our colleague McDonald J.A. wrote [at page 4]:

The *Income Tax Act* neither defines the term director, nor establishes any criteria for when a person ceases to hold such a position. Given the silence of the *Income Tax Act*, it only makes sense to look to the company’s incorporating legislation for guidance. [My underlining.]

[10] There was no need in that case to look at the common law because the statutory law determined when a person ceased to be a director.

[11] In addition, as our Court indicated, the statutory law is to be looked at “for guidance”. It is certainly not exclusive and determinative, especially in the circumstances of the present appeal where the issue is not to determine for the purpose of section 227.1 of the Act whether a person had ceased to be a director (an issue generally governed by statutory provisions), but rather whether a person ostensibly acted as a director and therefore was a *de facto* or acting director (an issue generally governed by common law prin-

2(1)f) de la *Companies Act*, la Cour d’appel fédérale a conclu que la définition visait l’administrateur de droit.

[8] Disons tout de suite que notre Cour n’a jamais décidé dans *Kalef* que la définition dans la *Loi sur les sociétés par actions* de l’Ontario [L.R.O. 1990, ch. B.16] visait l’administrateur de droit. La Cour devait déterminer si l’administrateur d’une société cesse d’occuper ses fonctions aux fins du paragraphe 227.1(4) [édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 124] de la Loi lorsqu’un syndic de faillite est nommé. La Cour a conclu que M. Kalef ne remplissait aucune des conditions prévues dans la *Loi sur les sociétés par actions* de l’Ontario qui auraient indiqué qu’il avait cessé d’occuper le poste d’administrateur. Il était donc demeuré un administrateur, malgré la nomination d’un syndic de faillite.

[9] Notre Cour n’a jamais non plus décidé que l’interprétation du terme «administrateur», dans le paragraphe 227.1(1) de la Loi, ne pouvait se fonder que sur la législation constitutive d’une compagnie à l’exclusion de la common law. Voici ce qu’a dit notre collègue le juge McDonald de la Cour d’appel à ce sujet [à la page 4]:

La *Loi de l’impôt sur le revenu* ne définit pas le terme «administrateur» et elle n’établit pas de critère en ce qui concerne le moment où une personne cesse d’occuper ce poste. Compte tenu du silence de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, il est logique de se tourner vers la loi régissant la constitution en personne morale de la compagnie pour y trouver une réponse. [Non souligné dans l’original.]

[10] Dans cette affaire, il n’était pas utile d’invoquer la common law puisque le droit législatif précisait à quel moment une personne cesse d’occuper le poste d’administrateur.

[11] De plus, notre Cour a précisé que le droit législatif devait nous aider à trouver une réponse. Il n’offre rien d’exclusif ou de déterminant, surtout dans le contexte du présent appel où la question à trancher aux fins de l’article 227.1 de la Loi n’est pas de savoir si une personne a cessé d’occuper le poste d’administrateur (question généralement réglée par des dispositions législatives), mais plutôt de savoir si une personne a agi ostensiblement comme un administrateur, devenant ainsi un administrateur de fait (question

ciples). To use the terms of McDonald J.A., “it only makes sense . . . for guidance” to look at the body of law which can provide the answer to the silence of the Act. In the present instance, such body is the common law.

[12] I should reiterate here that what is in issue through subsection 227.1(1) of the Act is the liability of the directors of a company, as directing minds of that company, for their own failure to prevent the prohibited act, not whether they engage the responsibility of the company, as I think they do. As early as 1906, the Manitoba Court of Appeal in *Macdonald v. Drake*<sup>2</sup> rejected the defendants’ contention that a statutory provision making directors jointly and severally liable for unpaid wages could only be enforced against *de jure* directors. The Court found that although the defendants were not *de jure* directors because they did not hold the required shares in their own right, they were ostensibly elected, attended and took part in the meetings as well as acted as directors. They were *de facto* directors and, therefore, personally liable. Phippen J.A., at pages 229 and 230 wrote:

The law is clear that the actions of directors “*de facto*” within the powers of the Company are binding upon both the Company and the directors . . . .

. . . I do not think these defendants can now be permitted to set up a defect in their own title to the office, of which they have enjoyed the benefit, to escape a debt, which I do not consider a penalty, to employees in whose favour the statute grants relief.

[13] In *Northern Trust Co. v. Butchart*,<sup>3</sup> the Chief Justice of the Manitoba King’s Bench Court stated in relation to an allegation of misfeasance and breach of trust against the directors whom he found jointly and severally liable for these acts:

Whether they were legally elected or not makes no difference. They were *de facto* directors, and for all acts of omission or commission on their part, they are liable in the same manner and to the same extent as if they had been *de jure* as well as *de facto* directors.

généralement réglée par des principes de common law). Selon les propres mots du juge McDonald, «il est logique» de se tourner vers le droit qui peut fournir une réponse au silence de la Loi. En l’instance, la réponse se trouve dans la common law.

[12] Je voudrais répéter ici que la question posée relativement au paragraphe 227.1(1) de la Loi porte sur la responsabilité des administrateurs d’une corporation qui, en tant qu’âme dirigeante de cette corporation, ont failli à leur tâche d’empêcher l’accomplissement de l’acte illégal; elle ne vise pas à déterminer s’ils engagent la responsabilité de la compagnie, ce qui est le cas, je pense. Dès 1906, la Cour d’appel du Manitoba, dans *Macdonald v. Drake*<sup>2</sup>, a rejeté la prétention des défendeurs voulant qu’une disposition législative rendant les administrateurs solidairement responsables pour les salaires impayés ne pouvait viser que les administrateurs de droit. La Cour a conclu que même si les défendeurs n’étaient pas des administrateurs de droit, parce qu’ils ne détenaient pas de leur propre chef les actions requises, il était manifeste qu’ils avaient été élus, prenaient part aux réunions, et agissaient comme des administrateurs. Ils étaient donc des administrateurs de fait, ce qui les rendait responsables à titre personnel. Le juge Phippen de la Cour d’appel dit ceci, aux pages 229 et 230:

[TRADUCTION] La loi est claire: les actes accomplis par les administrateurs de fait dans le cadre des pouvoirs de la Compagnie engagent la responsabilité de la Compagnie et de ses administrateurs [. . .]

[. . .] je ne crois pas que les défendeurs, qui ont profité des avantages de leur poste, puissent maintenant invoquer le fait qu’ils le détenaient de façon irrégulière pour échapper au remboursement d’une dette (qui n’est pas une amende) envers les employés qui sont protégés par la loi.

[13] Dans le contexte d’une allégation de faute d’exécution et de manquement à des obligations du fiduciaire dans *Northern Trust Co. v. Butchart*<sup>3</sup>, le juge en chef de la Cour du Banc du Roi du Manitoba, concluant que les administrateurs étaient solidairement responsables de ces actes, a dit:

[TRADUCTION] Qu’ils aient été élus régulièrement ou non, leur situation est la même. Ils étaient des administrateurs de fait et ils sont responsables pour tous les actes et omissions de leur fait, de la même façon que s’ils avaient été des administrateurs de droit.

[14] In *The Law of Canadian Companies*,<sup>4</sup> F. W. Wegenast writes:

The objection to *de facto* directors cannot, of course, be invoked by an unauthorized director himself, as for example to escape liability . . . or to escape a statutory liability for wages of workmen, or for failure to make government returns, . . . ; for a *de facto* director is in the same position as an executor *de son tort*. [My emphasis.]

[15] The Tax Court Judge also concluded that the term “director” in subsection 227.1(1) of the Act is to be given a narrow meaning because that subsection imposes vicarious liability. He wrote at page 2031 of his decision:

Subsection 227.1(1), in imposing a vicarious liability, refers only to a “director”. Subsection 159(3) also imposes vicarious liability on certain transferors of property. It is notable that in subsection 159(2) the *Act* casts a very wide net over who is liable. It refers to “assignee, liquidator, receiver, receiver-manager, administrator, executor or any other like person”. Surely if the Minister wanted the net cast by subsection 227.1(1) to be wide, words in addition to “director” could have been used, such as “whether *de facto* or *de jure*” or “including persons acting as directors” or “manager”, “officer” or “any other like person”. In my opinion a provision imposing vicarious liability should be strictly construed and consequently I have done so.

[16] I have already pointed out that if Parliament intended in subsection 227.1(1) to cover all kinds of directors, it needed only to do as it did, that is to say use the word “director” without restriction. Looking at the terms “assignee, liquidator, receiver, receiver-manager, administrator or executor” to which the Tax Court Judge refers in the passage quoted, it begs the question whether Parliament should have also said in order to cast a very wide net: “assignee whether *de facto* or *de jure*, liquidator whether *de facto* or *de jure*. . . , administrator whether *de facto* or *de jure*”? To put the question is to answer it. In drafting subsection 227.1(1) with a view to casting a wide net, should Parliament have written, at the sure risk of forgetting

[14] Dans *The Law of Canadian Companies*<sup>4</sup>, F. W. Wegenast écrit ceci:

[TRADUCTION] L’administrateur de fait ne peut évidemment pas invoquer lui-même son statut irrégulier, par exemple, pour échapper à sa responsabilité [. . .] ou pour être exempté d’une obligation statutaire de paiement de salaires ou pour omission de faire des déclarations au gouvernement [. . .]; en ce cas, un administrateur de fait est dans la même situation qu’un exécuteur testamentaire par immixtion. [Non souligné dans l’original.]

[15] Le juge de la Cour de l’impôt a aussi conclu que le terme «administrateur» au paragraphe 227.1(1) de la Loi doit recevoir une interprétation restrictive parce que la disposition impose une responsabilité du fait d’autrui. Il écrit, à la page 2031 de ses motifs:

La responsabilité du fait d’autrui prévue au paragraphe 227.1(1) ne vise que l’«administrateur». Le paragraphe 159(3) impose également une responsabilité du fait d’autrui à certaines personnes qui transfèrent des biens. Il importe de noter que le paragraphe 159(2) de la *Loi* impute une responsabilité à un grand nombre de personnes. Il mentionne le «cessionnaire, liquidateur, séquestre, séquestre-gérant, administrateur, exécuteur testamentaire ou une autre semblable personne». À coup sûr si l’on avait voulu que le paragraphe 227.1(1) ait une portée étendue, on aurait pu employer d’autres mots en plus de parler de l’«administrateur», en ajoutant par exemple les mots «de fait ou de droit», ou «notamment les personnes qui agissent à titre d’administrateurs», ou encore les mots «directeur», «cadre», ou «toute autre personne exerçant des fonctions de ce genre». À mon avis, une disposition qui impose la responsabilité du fait d’autrui devrait être interprétée strictement et c’est donc ce que j’ai fait.

[16] J’ai déjà indiqué que si le législateur souhaitait que le paragraphe 227.1(1) s’applique à toutes les sortes d’administrateurs, il n’avait rien d’autre à faire que ce qu’il a fait, c’est-à-dire employer le terme «administrateur» sans l’assortir de restriction. Vu les termes «cessionnaire, liquidateur, séquestre, séquestre-gérant, administrateur, exécuteur testamentaire» que cite le juge de la Cour de l’impôt dans cet extrait de ses motifs, on peut se demander si le législateur aurait dû dire aussi, pour assurer une portée étendue à la disposition en cause: [TRADUCTION] «cessionnaire de fait ou de droit, liquidateur de fait ou de droit [. . .], administrateur de fait ou de droit, exécuteur testamentaire de fait ou de droit». Il suffit de poser la question pour y répondre. En rédigeant le paragraphe 227.1(1)

some other types of directors, that the liability extended to “the directors of the corporation, whether *de facto* or *de jure*, whether nominal, passive or active,<sup>5</sup> whether volunteer or paid, whether inside or outside directors and whether directors of a profit or a not-for-profit corporation”? Or is it not reasonable to assume that, by using the word “director” in an unrestricted and unqualified manner, Parliament intended to cover all these types of directors as well as all those who may exist in Canada pursuant to provincial laws, including statutory laws?

[17] That Parliament intended to give a broad and unrestricted meaning to the word “director” in subsection 227.1(1) is evidenced by the nature of the obligation put on the corporation and its directors, the nature of the debt owed by the corporation and the nature of the relationship between the corporation, the directors, the employees and the Crown. In this respect, the learned Tax Court Judge, in my view, lost sight of these elements and, as a result, gave too restrictive an interpretation to subsection 227.1(1).

[18] Indeed, the debts owed to the appellant are not of the same nature as the commercial debts owed to suppliers in the ordinary course of business. Furthermore, contrary to a supplier who elects to do business with a given corporation, the Crown is an involuntary creditor since the amount and extent of its claim are determined by the number of employees that the corporation hires and the remuneration it pays. In addition, the sums due, which generally are made of taxes and contributions to social and insurance benefits, are for the benefit of both the employees and the public. Moreover, they are not moneys earned by the corporation by its trading activities. It is for these reasons that the courts in England have treated these debts owed to the Crown as “quasi-trust” moneys. In *Re Lo-Line Electric Motors Ltd.*,<sup>6</sup> Sir Nicolas Browne-Wilkinson V-C, stressed this fact and the prejudice resulting to a company’s employees. He quoted with approval the following excerpt from the decision of Vinelott J. in *Re Stanford Services Ltd.*:<sup>7</sup>

The directors of a company ought to conduct its affairs in such a way that it can meet these liabilities when they fall

de façon à lui donner une portée étendue, le législateur aurait-il dû indiquer, au risque d’oublier certains autres types d’administrateurs, que la responsabilité s’appliquait aux administrateurs de la corporation, qu’ils soient de fait ou de droit, actifs ou inactifs<sup>5</sup>, bénévoles ou rémunérés, internes ou externes, d’un organisme à but lucratif ou non? N’est-il pas plus raisonnable de supposer que le législateur, en utilisant le terme «administrateur» sans le restreindre ou le préciser, a voulu qu’il comprenne tous les types d’administrateurs qu’il peut y avoir au Canada en vertu du droit provincial?

[17] On peut constater que le législateur a voulu donner un sens large au terme «administrateur» dans le paragraphe 227.1(1) en regardant la nature des responsabilités confiées à la corporation et à ses administrateurs, la nature de la dette de la corporation, et les liens entre la corporation, les administrateurs, les employés et Sa Majesté. À mon avis, le juge de la Cour de l’impôt a perdu de vue ces éléments et, en conséquence, a donné une interprétation trop restrictive au paragraphe 227.1(1).

[18] Les dettes dues à l’appelante ne sont pas de la même nature que les dettes commerciales dues à des fournisseurs dans le cours normal des activités d’une entreprise. De plus, Sa Majesté n’est pas dans la même situation qu’un fournisseur qui choisit de faire affaires avec une compagnie donnée. Elle est un créancier n’ayant pas choisi de l’être, en ce sens que les sommes qu’on lui doit dépendent du nombre d’employés de la corporation et du salaire qu’ils reçoivent. En outre, ces sommes, généralement composées de taxes et de contributions à des régimes sociaux et d’assurance, doivent bénéficier à la fois aux employés et au public. De plus, ce ne sont pas des sommes gagnées par la corporation par suite de ses activités commerciales. C’est pourquoi, en Angleterre, les cours ont jugé que ces dettes dues à Sa Majesté étaient de nature «quasi fiduciaire». Dans *Re LoLine Electric Motors Ltd.*,<sup>6</sup> sir Nicolas Browne-Wilkinson, V-C, a insisté sur ce fait, ainsi que sur le préjudice causé aux employés d’une corporation. Il a cité et approuvé l’extrait suivant de la décision du juge Vinelott dans *Re Stanford Services Ltd.*:<sup>7</sup>

[TRADUCTION] Les administrateurs d’une corporation devraient conduire les affaires de celle-ci de telle manière

due, not only because they are not moneys earned by its trading activities, which the company is entitled to treat as part of its cash flow (entitled that is in that the persons with whom it deals expect the company to do so) but, more importantly, because the directors ought not to use moneys which the company is currently liable to pay over to the Crown to finance its current trading activities. If they do so and if, in consequence, PAYE, national insurance contributions and VAT become overdue and, in a winding up, irrecoverable, the court may draw the inference that the directors were continuing to trade at a time when they ought to have known that the company was unable to meet its current and accruing liabilities, and was unjustifiably putting at risk moneys which ought to have been paid over to the Crown as part of the public revenues to finance trading activities which might or might not produce a profit. It is, I think, misleading (or at least unhelpful) to ask whether a failure to pay debts of this character would be generally regarded as a breach of commercial morality. A director who allows such a situation to arise is either in breach of his duty to keep himself properly informed, with reasonable accuracy, as to the company's current financial position . . . or is acting improperly in continuing to trade at the expense and jeopardy of moneys which he ought not to use to finance the company's current trade.

[19] In my view, subsection 227.1(1) ought not to have been given an unduly restrictive interpretation which had the effect of compromising the valid social objectives sought to be attained by the provision. The fact that it imposes liability on the directors personally for their own failure to act does not justify the restrictive interpretation put on the word "director" by the learned Tax Court Judge. In view of the broad wording of "director" in subsection 227.1(1), a failure to recognize the responsibility and liability of persons acting as *de facto* directors amounts to condoning and inviting the performance of acts and omissions by such persons which are detrimental to employees and the public in a trust-like situation. The words of Hodgins J.A. in *Re Owen Sound Lumber Co.*<sup>8</sup> are quite appropriate:

As to the second point, I agree with the view of Middleton, J., that, when the directors assumed the fiduciary office of director, they became liable in all respects as though rightly appointed to that office. To hold otherwise would be to say that a man might do wrongful acts affecting

qu'elle puisse satisfaire à ces obligations à l'échéance, et ce non seulement parce que ces sommes ne sont pas gagnées par la corporation dans le cadre de ses activités commerciales, qu'elle est en droit de considérer comme son fonds de roulement (c'est-à-dire que les personnes avec qui elle traite s'attendent à ce que la corporation agisse ainsi), mais, chose plus importante, parce que les administrateurs ne devraient pas financer les activités courantes de la corporation avec les sommes que cette dernière doit verser à Sa Majesté. S'ils le font et si, en conséquence, les sommes payables au titre de CFE, des contributions à l'assurance nationale et de la TVA ne sont pas versées dans le délai prévu, et ne peuvent plus être recouvrées en cas de liquidation, la cour peut en déduire que les administrateurs ont poursuivi leurs activités alors qu'ils auraient dû savoir que la corporation ne pouvait satisfaire à ses obligations courantes et à venir et qu'elle mettrait en danger de façon injustifiable des sommes dues à Sa Majesté qui auraient dû être remises au Trésor en tant que recettes publiques servant à financer des activités commerciales susceptibles de produire ou non un profit. C'est, je pense, suivre une fausse piste, ou pour le moins faire une démarche inutile, que de se demander si le fait de ne pas payer de telles dettes serait considéré immoral dans le monde des affaires. Un administrateur qui laisse une telle situation se produire manque à son obligation de se tenir bien informé, dans la mesure du possible, de la situation financière de la corporation [. . .] ou alors il agit de façon inconvenante en poursuivant des activités commerciales et risquant des sommes non destinées à cette fin.

[19] À mon avis, le paragraphe 227.1(1) n'aurait pas dû recevoir une interprétation si restrictive qui a eu pour effet de compromettre les objectifs sociaux valides visés par cette disposition. Le fait qu'elle rende les directeurs personnellement responsables de leurs propres manquements ne justifie pas l'interprétation restrictive que le juge de la Cour de l'impôt a donné au terme «administrateur». Compte tenu du sens large du terme «administrateur» au paragraphe 227.1(1), l'omission de reconnaître la responsabilité de personnes agissant à titre d'administrateurs de fait revient à avaliser et à encourager des actions ou omissions de ces personnes, préjudiciables aux employés et au public, dans une situation quasi fiduciaire. Dans ce contexte, les mots utilisés par le juge Hodgins, de la Cour d'appel dans *Re Owen Sound Lumber Co.*<sup>8</sup> sont tout à fait appropriés:

[TRADUCTION] Quant au deuxième point, je suis d'accord avec le juge Middleton pour dire que, lorsque les administrateurs ont assumé la charge fiduciaire d'administrateur, ils sont devenus responsables à tous les égards comme s'ils avaient été nommés en bonne et due forme. Juger autrement

the company's assets, and yet enjoy immunity if he could show some defect in his appointment. If this were the case, it would become fashionable to usurp the office on these terms rather than to accept it in a legitimate but less favoured way.

[20] In my respectful view, this is even truer when, in a trust-like situation, the wrongful acts are prejudicial to both the employees and the public.

The standard of care and diligence applicable in the present instance

[21] The learned Tax Court Judge was of the view, at page 2041 of his decision, that the standard of care applicable to the directors of a not-for-profit corporation, such as the Louisbourg Harbourfront Park Limited Corporation (Corporation), was a standard less rigorous than the one governing the directors of corporations run for profit. He relied upon the decision of this Court in *Soper v. Canada*<sup>9</sup> that he understood to mean that there were "different standards of care applicable to inside and outside directors".<sup>10</sup> I note in passing that this Court in *Soper* expressly stated that it did not establish a different standard of care for inside and outside directors. Robertson J.A., at page 156, wrote:

At the outset, I wish to emphasize that in adopting this analytical approach I am not suggesting that liability is dependent simply on whether a person is classified as an inside as opposed to an outside director. Rather, that characterization is simply the starting point of my analysis.

[22] Relying upon the decision in *Soper*, the respondents argued that the standard of care found in subsection 227.1(3) of the Act is inherently flexible and, therefore, there are different standards to meet different situations. Accordingly, there would be one standard for inside directors, one for outside directors, one for directors of a not-for-profit corporation, one for volunteer directors and another one for paid directors. To accept this approach begs the thorny question: which of all these different standards should

serait dire qu'une personne peut commettre des actes illicites influant sur les actifs de la compagnie, tout en bénéficiant de l'immunité si elle peut démontrer qu'elle a été nommée d'une façon irrégulière. Si c'était le cas, il deviendrait à la mode de s'approprier la charge de cette façon plutôt que de l'accepter d'une façon légitime mais moins avantageuse.

[20] Avec égards, je considère cette déclaration encore plus pertinente lorsque les fautes commises dans une situation quasi fiduciaire le sont au détriment à la fois des employés et du public.

La norme de prudence et de diligence applicable en l'instance

[21] À la page 2041 de ses motifs, le juge de la Cour de l'impôt a exprimé l'avis que la norme de prudence applicable aux administrateurs d'une corporation sans but lucratif telle la Louisbourg Harbourfront Park Limited Corporation (la Corporation) n'était pas aussi rigoureuse que celle qui s'applique aux administrateurs de corporations à but lucratif. Il s'appuie sur la décision de notre Cour dans *Soper c. Canada*<sup>9</sup> qui, à son avis, a fixé «différentes normes de soin applicables aux administrateurs internes et externes»<sup>10</sup>. Je note en passant que notre Cour a précisé dans *Soper* qu'elle n'établissait pas une norme différente de prudence selon qu'il s'agissait d'administrateurs internes ou externes. Le juge Robertson s'exprime ainsi, à la page 156:

Je tiens tout d'abord à souligner qu'en adoptant cette démarche analytique, je ne donne pas à entendre que la responsabilité est simplement fonction du fait qu'une personne est considérée comme un administrateur interne par opposition à un administrateur externe. Cette qualification constitue plutôt simplement le point de départ de mon analyse.

[22] S'appuyant sur la décision *Soper*, les intimés ont plaidé que la norme de prudence prévue au paragraphe 227.1(3) de la Loi est une norme souple, et que, par conséquent, il existe des normes différentes applicables à des situations différentes. En conséquence, il y aurait une norme pour les administrateurs internes, une pour les administrateurs externes, une pour les administrateurs de corporations sans but lucratif, une pour les administrateurs bénévoles et encore une autre pour ceux qui sont rémunérés. Si l'on

a court apply if one is, at the same time, an outside director acting without remuneration in a not-for-profit corporation?

[23] It is true that in *Soper*, this Court wrote that “[t]he standard of care laid down in subsection 227.1(3) of the Act is inherently flexible”.<sup>11</sup> It is obvious, however, on the reading of the decision, that it is the application of the standard that is flexible because of the varying and different skills, factors and circumstances that are to be weighed in measuring whether a director in a given situation lived up to the standard of care established by the Act. For, subsection 227.1(3) statutorily imposes only one standard to all directors, that is to say whether 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.

[24] I agree with counsel for the appellant that the rationale for subsection 227.1(1) is the ultimate accountability of the directors of a company for the deduction and remittance of employees’ taxes and that such accountability cannot depend on whether the company is a profit or not-for-profit company, or I would add whether the directors are paid or not or whether they are nominal but active or merely passive directors. All directors of all companies are liable for their failure if they do not meet the single standard of care provided for in subsection 227.1(3) of the Act. The flexibility is in the application of the standard since the qualifications, skills and attributes of a director will vary from case to case. So will the circumstances leading to and surrounding the failure to hold and remit the sums due.

[25] In my respectful view, it was an error for the Tax Court Judge to conclude that the standard of care was different and less rigorous in not-for-profit corporations. As a result, he misinterpreted and misapplied the evidence that was before him.

accepte cette approche, on arrive à se poser la question épineuse suivante: quelle norme ou quelle combinaison de normes la Cour doit-elle appliquer à une personne qui est à la fois un administrateur externe et bénévole d’une corporation sans but lucratif?

[23] Il est vrai que notre Cour a déclaré dans *Soper* que «[l]a norme de prudence énoncée au paragraphe 227.1(3) de la Loi est fondamentalement souple»<sup>11</sup>. Il ressort toutefois clairement de la lecture de ce jugement que c’est l’application de la norme qui est souple, à cause des connaissances, des facteurs et des circonstances variés et différents qu’il faut apprécier pour déterminer si, dans une situation donnée, un administrateur s’est conformé à la norme de prudence prévue dans la Loi. Le paragraphe 227.1(3) n’établit qu’une seule norme applicable à tous les administrateurs, celle de savoir s’ils ont agi avec le degré de prudence, de diligence et d’habileté requis pour prévenir le manquement qu’une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables.

[24] Je suis d’accord avec les avocats de l’appelante que la raison d’être du paragraphe 227.1(1) est de rendre les administrateurs responsables de la déduction et de la remise des impôts des employés, et que cette responsabilité n’est pas différente selon que la corporation a ou non un but lucratif, et j’ajouterais selon que les administrateurs sont rémunérés ou non, ou selon qu’ils sont actifs ou inactifs. Tous les administrateurs de toutes les corporations sont responsables de tout manquement à l’unique norme de prudence prévue au paragraphe 227.1(3) de la Loi. La souplesse se situe au niveau de l’application de la norme, puisque les qualifications, compétences et attributs des administrateurs varient d’une situation à l’autre. Il en va de même des circonstances entourant l’omission de conserver et de remettre les sommes dues.

[25] Avec égards, je considère que le juge de la Cour de l’impôt a commis une erreur en concluant à l’existence d’une norme de prudence différente et moins rigoureuse pour les corporations sans but lucratif. Ce faisant, il a mal utilisé et mal interprété la preuve qui lui a été présentée.

Application of the standard of care and diligence to the respondents

[26] In the present instance, the failure to withhold and remit the sums due to the Crown began in November 1992. Some of the respondents (Lawrence, Parsons, MacDonald and Wheeliker) learned of it at the January 13, 1993 meeting of the directors while the others (Corsano and Maindiratta) were apprised of the fact at a subsequent meeting on February 3, 1993. In the case of respondents Corsano, Wheeliker and Maindiratta, they knew of the financial difficulties of the Corporation as of November 1992.

[27] Yet, somewhat surprisingly, the failure to withhold and remit the sums due lasted until October 1993 when the Corporation finally went bankrupt. This means that, as of their learning of the financial difficulties of the Corporation or its failure to remit, all the respondents were under a positive duty to act to prevent failure to make current and future remittances and not simply to cure default after the fact.<sup>12</sup> At best, the duty existed for some directors for nine months. At worst, for others, the omission to prevent failure lasted 12 months.

[28] The evidence revealed that no positive steps were taken to prevent the Corporation's failure to remit current and future source deductions when it started to experience financial difficulties. At the January 13 and February 3, 1993 meetings, no action was taken by the directors with respect to the matter.

[29] At the March 3, 1993 meeting, respondent Corsano, upon becoming aware of the arrears in remittances, gave an instruction to the Manager to pay such arrears with a receivable that the corporation was expecting. Again, there is no evidence of steps or measures taken to address the problem for current and future remittances. Numerous cheques were co-signed by the directors up to September 1993 and remitted to suppliers. The May meeting of the Board of Directors also gave rise to no corrective measures to prevent additional failures. There was no follow-up on the direction to pay past dues given at the March meeting.

L'application aux intimés de la norme de prudence et de diligence

[26] En l'instance, l'omission de retenir et de remettre les sommes dues à Sa Majesté a commencé en novembre 1992. Les intimés Lawrence, Parsons, MacDonald et Wheeliker l'ont appris à la réunion des administrateurs du 13 janvier 1993, alors que les intimés Corsano et Maindiratta n'ont été informés qu'à la réunion du 3 février 1993. Les intimés Corsano, Wheeliker et Maindiratta connaissaient les difficultés financières de la Corporation dès novembre 1992.

[27] Malgré cela, il est surprenant de constater que l'omission de retenir et de remettre les sommes dues à Sa Majesté a perduré jusqu'à la faillite de la Corporation en octobre 1993. Cela veut dire que dès que les intimés ont pris connaissance des difficultés financières de la Corporation ou de l'omission de remettre les sommes dues, il était de leur devoir de prévenir l'omission de payer les sommes dues et à venir et non seulement de réparer le manquement après coup<sup>12</sup>. Au mieux, ce devoir d'intervention s'est imposé à certains administrateurs pendant neuf mois. Au pire, il s'est imposé à d'autres pendant 12 mois.

[28] La preuve démontre qu'aucune mesure précise n'a été prise pour éviter que la Corporation ne manque à son obligation de remettre les déductions à la source dues et à venir lorsqu'elle a commencé à avoir des difficultés financières. Les administrateurs n'ont décidé d'aucune mesure à cet effet à leurs réunions des 13 janvier et 3 février 1993.

[29] À la réunion du 3 mars 1993, l'intimé Corsano a constaté que les remises étaient en souffrance et a donné ordre au directeur général de payer les arriérés dès qu'il recevrait un paiement prévu. Rien ne démontre que des mesures aient été prises pour les remises courantes et à venir. Plusieurs chèques ont été signés par les administrateurs et remis aux fournisseurs jusqu'en septembre 1993. La réunion de mai du conseil d'administration n'a pas non plus donné lieu à des mesures correctives pour prévenir tout manquement. Rien n'a été fait pour vérifier si l'ordre de payer les arriérés, donné à la réunion de mars, avait été respecté.

[30] At the July meeting, respondent Corsano allegedly learned for the first time that his March direction to the Manager had not been implemented and, therefore, that the previous sums were still owing to the Crown. He also became aware that throughout the period, the current remittances too had not been paid. He instructed that every cent be sent to the Crown. This, however, was not meant to be what it said since the suppliers were nonetheless to be paid in order to keep the business going.<sup>13</sup> Indeed, shortly after the meeting, he interceded with the Manager to ensure payment of a supplier's invoice to the detriment of Revenue Canada.<sup>14</sup> Therefore, as the evidence reveals, payment of the Crown's debts was not made and there was no follow-up of any kind to ensure the implementation of such direction. Moreover, once again, no positive steps were taken such as setting up controls to account for remittances, asking for regular reports from the manager on the ongoing use of such controls and ensuring at regular intervals that the remittances have taken place. And the failure continued to occur for some more months. In fact, the directors delegated their authority on this matter to the Manager, but literally failed to control its exercise notwithstanding clear evidence of repeated omissions and failures on the Manager's part. The delegation amounted to nothing less than abdication.

[31] The learned Tax Court Judge gave a number of reasons to support his conclusion that the respondents had exercised the degree of care, diligence and skills required in the circumstances.

[32] First, he concluded that the freedom of the Board to act was curtailed to a large extent by the Louisbourg Harbourfront Park Society (Society) which owned 96% of the shares of the Corporation. Such finding is not supported by the evidence with respect to the issue at stake. It is true that the Society would not relinquish its shares in the Corporation to let it go private. But this is a far cry from interfering with the Corporation's obligations under subsection 227.1(1) of the Act. In his testimony, Mr. Wheeliker, who was the Chairman of the Board, admitted in cross-examination that the Society did not prevent the Board from

[30] À la réunion de juillet, l'intimé Corsano aurait appris que l'ordre qu'il avait donné au directeur général en mars n'avait eu aucune suite et que les arriérés n'avaient pas été versés à Sa Majesté. Il a aussi constaté qu'aucun versement n'avait été effectué pour la période en cours. Corsano a alors ordonné que toutes les rentrées d'argent servent à payer les sommes dues à Sa Majesté. Ceci ne devait toutefois pas être pris au sens littéral, puisque les fournisseurs devaient être payés pour assurer le fonctionnement de la Corporation<sup>13</sup>. En fait, peu de temps après cette réunion, l'intimé Corsano est intervenu auprès du directeur général pour qu'il paye un fournisseur plutôt que Revenu Canada<sup>14</sup>. La preuve démontre qu'aucun versement n'a été fait des sommes dues à Sa Majesté et qu'aucun suivi n'a été prévu pour s'assurer de la mise en œuvre de cette directive. De plus, il faut répéter qu'aucune action précise n'a été initiée, telle la mise en place de contrôles pour les versements à faire, la demande de rapports périodiques du directeur général sur la situation, et la vérification régulière du fait que les versements avaient été effectués. Le manquement a duré plusieurs mois. En fait, les administrateurs ont délégué leur autorité en la matière au directeur général, mais ils ont omis d'exercer tout contrôle malgré le fait qu'il était clair que ce dernier ne faisait pas son travail. Il s'agissait plus d'une abdication que d'une délégation.

[31] Le juge de la Cour de l'impôt a exposé un certain nombre de motifs pour étayer sa conclusion que les intimés avaient agi avec le degré de prudence, de diligence et d'habileté requis dans les circonstances.

[32] Il a d'abord conclu que la liberté d'action du conseil était dans une large mesure restreinte du fait que la Louisbourg Harbourfront Park Society (Louisbourg) possédait 96% des actions de la Corporation. La preuve en l'instance n'étaye pas cette conclusion quant à la question en litige. Il est vrai que Louisbourg a refusé de libérer ses actions pour que la Corporation soit privatisée. Cependant, cela est loin de constituer une intervention indue dans l'obligation fixée à la Corporation par le paragraphe 227.1(1) de la Loi. Dans son témoignage, le président du conseil, M. Wheeliker, a admis en contre-interrogatoire que

exercising its control over the Corporation.<sup>15</sup> Nor did it get involved in the policy decisions made by the Board or interfere with the day-to-day operations of the Corporation.<sup>16</sup> Although there was undoubtedly a desire by the Society to keep the Corporation going, there was no evidence of the Society preventing the Corporation from withholding and remitting to Revenue Canada the source deductions.

[33] Second, the Tax Court Judge found some comfort in the fact that, at the March meeting, the Board instructed the Manager to send to Revenue Canada a receivable expected from Enterprise Cape Breton Corporation. In my view, this fails to address the issue. Such payment would have corrected default and paid the past remittances, but the issue of the current withholding and remittances was left unaddressed. No steps were taken to put an end to the on-going failures and to prevent the likely on-coming failures.

[34] Third, the Tax Court Judge considered as a positive factor the fact that the Board had taken great care in hiring a qualified person as Manager and were justified in trusting him. With respect, there was evidence that the directors knew early in the process of the failures to remit sums to Revenue Canada. In addition, according to the directors, the Manager did not follow their instructions to pay Revenue Canada. Yet, no swift and diligent measures were taken to address this alleged disobedience by the Manager and correct the situation for the past and the future. In his testimony, Mr. Corsano admitted that he had serious concerns about the Manager's ability to run the Corporation, especially as he was disregarding the directives of the directors, but yet, as a principal director, he did not call a meeting of the Board to discuss the issue and take the necessary appropriate corrective measures.<sup>17</sup>

[35] Fourth, in assessing the respondent's due diligence, the Tax Court Judge took into consideration

Louisbourg n'a rien fait pour gêner le contrôle exercé par le conseil sur les affaires de la Corporation<sup>15</sup>. Elle ne s'est pas ingérée dans les décisions d'orientation prises par le conseil, non plus qu'elle n'est intervenue dans les opérations courantes de la Corporation<sup>16</sup>. Bien qu'il n'ait fait aucun doute que Louisbourg désirait voir la Corporation continuer ses activités, rien dans la preuve ne démontre qu'elle a empêché la Corporation de prélever les déductions à la source et de les remettre à Revenu Canada.

[33] Deuxièmement, le juge de la Cour de l'impôt a donné un caractère positif au fait qu'à la réunion de mars, le conseil avait donné ordre au directeur général de verser à Revenu Canada l'intégralité d'une somme à recevoir de Enterprise Cape Breton Corporation. À mon avis, ceci ne règle pas la question. Un tel versement aurait réglé les arriérés, sans que rien ne soit prévu pour les retenues et remises courantes. Rien n'a été fait pour mettre fin à l'omission et pour empêcher les omissions prévisibles à venir.

[34] Troisièmement, le juge de la Cour de l'impôt a interprété positivement le fait que le conseil avait pris tout le soin voulu pour embaucher une personne qualifiée comme directeur général, et qu'il avait raison de lui faire confiance. Avec égards, la preuve démontre que les administrateurs ont su assez tôt que les sommes dues à Revenu Canada n'étaient pas versées. De plus, les administrateurs affirment que le directeur général n'a pas donné suite à leurs directives de payer les sommes dues à Revenu Canada. Pourtant, aucune mesure immédiate ou diligente n'a été prise pour remédier à la situation face à ce refus d'obtempérer du directeur général, ni pour corriger la situation passée et à venir. Dans son témoignage, M. Corsano a admis qu'il avait de sérieuses inquiétudes quant à la capacité du directeur général à diriger la Corporation, surtout du fait que ce dernier ne se conformait pas aux directives des administrateurs, mais il n'a pas utilisé son statut d'administrateur principal pour convoquer une réunion du conseil afin de discuter de cette question et décider des mesures correctives appropriées<sup>17</sup>.

[35] Quatrièmement, pour déterminer si les intimés avaient fait preuve de diligence raisonnable, le juge de

the fact that the directors were satisfied that the asset values of the Corporation would be sufficient to meet the claims of all creditors, including Revenue Canada. With respect, this is an irrelevant consideration. The obligation on the directors is to prevent a failure, not to condone it systematically, as the respondents did, in the hope of eventually correcting it because there would be enough money in the end to pay all the creditors.

[36] Fifth, he was satisfied that the directors made inquiries at the meetings of the Board with respect to the status of remittances. He may have been satisfied that such behaviour was sufficient to meet the less rigorous test that he was applying to the situation. However, this is obviously not enough to meet the burden imposed by subsection 227.1(3).

[37] Finally, he considered the fact that the Society dismissed all the directors of the Corporation and send it into bankruptcy, thereby preventing these directors from continuing to try and keep the business going and getting in a healthier financial position.

[38] Again, this is, in my view, an improper consideration to take into account in assessing the degree of care and diligence exercised by the directors. At the time of their removal, they had been in default of withholding and remitting the source deductions for almost one year. As the Court said in *Re Stanford Services Ltd.*, *supra*, in the passage previously quoted, the directors ought to have conducted the affairs of the Corporation in such a way that it could “meet these liabilities when they fall due . . . because the directors ought not to use moneys which the company is currently liable to pay over to the Crown to finance its current trading activities”.

[39] In conclusion, I believe the learned Tax Court Judge took into consideration factors, which either taken in isolation or as a whole, cannot justify his conclusion with respect to the liability of directors pursuant to subsections 227.1(1) and (3) of the Act.

la Cour de l'impôt a tenu compte du fait que les administrateurs étaient convaincus que la valeur des actifs de la Corporation était suffisante pour satisfaire aux demandes de tous les créanciers, y compris Revenu Canada. Avec égards, cet élément n'est pas pertinent. Les administrateurs ont l'obligation d'empêcher les omissions et non de les avaliser systématiquement, comme l'ont fait les intimés, dans l'espoir qu'en fin de compte il y aura assez d'argent pour payer tous les créanciers.

[36] Cinquièmement, il était convaincu que les administrateurs ont demandé des renseignements au sujet des versements lors des réunions du conseil. Il a pu être convaincu que cette façon de faire satisfaisait à la norme moins rigoureuse qu'il appliquait à la situation. Toutefois, le fardeau imposé par le paragraphe 227.1(3) est beaucoup plus lourd.

[37] Finalement, il a aussi tenu compte du fait que Louisbourg a brusquement congédié tous les administrateurs et contraint la Corporation à déclarer faillite, empêchant ainsi ces administrateurs de continuer à essayer d'exploiter l'entreprise et d'améliorer sa situation financière.

[38] Encore une fois, à mon avis, ce facteur n'est pas à prendre en compte dans la détermination du degré de prudence et de diligence dont les administrateurs ont fait preuve. Ils étaient déjà coupables d'omission de retenir et de remettre les déductions à la source depuis près d'un an lorsqu'ils ont été limogés. Comme la Cour l'a dit dans *Re Stanford Services Ltd.*, dans l'extrait précité, les administrateurs d'une corporation devraient conduire les affaires de celle-ci de telle manière qu'elle puisse [TRADUCTION] «satisfaire à ces obligations à l'échéance [. . .] parce que les administrateurs ne devaient pas financer les activités courantes de la corporation avec des sommes que cette dernière doit verser à Sa Majesté».

[39] Pour conclure, je suis d'avis que les facteurs dont le juge de la Cour de l'impôt a tenu compte, pris isolément ou dans leur ensemble, ne peuvent justifier sa conclusion quant à la responsabilité des administrateurs en vertu des paragraphes 227.1(1) et (3) de la Loi.

[40] As sad as it may be, especially with respect to the respondents who acted as benevolent directors and gave their time, it is simply not possible to find that they have exercised the degree of care and diligence expected to prevent a failure to withhold and remit when such known failure was allowed to repeat itself uninterrupted for one year. This Court would be remiss of its duty to enforce the law if it were to condone acts or omissions performed by experienced, informed and warned directors which fall below the standard of care, diligence and skill expected from them pursuant to subsection 227.1(3) of the Act.

[41] For these reasons, I would allow these appeals, I would set aside the decisions of the Tax Court Judge, and I would dismiss the appeals by the respondents Wheeliker, Corsano and Maindiratta from the assessments made by the Minister of National Revenue pursuant to subsection 227.1(1) of the *Income Tax Act*. With respect to the respondents Lawrence, Parsons and MacDonald, I would, rendering the decisions that the Tax Court judge ought to have rendered, allow their appeals in part and refer the assessments back to the Minister for reconsideration and reassessment on the basis that the liability of these three respondents for failure to withhold and remit begins as of January 13, 1993. As the appellant is not seeking costs, I would issue no order as to costs.

\* \* \*

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

[42] NOËL J.A.: These are appeals from the October 3, 1997 decision<sup>18</sup> of O'Connor J. of the Tax Court of Canada, wherein he allowed an appeal by the respondents from an assessment pursuant to subsection 227.1(1) of the *Income Tax Act* (the ITA) for unremitted federal income tax withheld from the wages paid to the employees of Louisbourg Harbourfront Park Ltd. (the Corporation).

[43] The appeals were heard together and these reasons for judgment are applicable to all. One set of reasons will be issued and will be filed in each of these cases.

[40] Il est désolant de devoir constater que les intimés, surtout ceux qui ont agi bénévolement en donnant de leur temps, n'ont pas fait preuve du degré de prudence et de diligence nécessaire pour prévenir le manquement de retenir et remettre les sommes visées, manquement qui a persisté au su de tous pendant toute une année. Notre Cour ne remplirait pas son devoir d'appliquer la loi si elle avalisait des actes ou omissions d'administrateurs expérimentés et bien informés qui n'ont pas fait preuve du degré de prudence, de diligence et d'habileté auquel on s'attend d'eux en vertu du paragraphe 227.1(3) de la Loi.

[41] Par ces motifs, je serais d'avis d'accueillir les appels et d'annuler la décision du juge de la Cour de l'impôt. Je rejetterais les appels des intimés Wheeliker, Corsano et Maindiratta des cotisations établies par le ministre du Revenu national en vertu du paragraphe 227.1(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Quant aux intimés Lawrence, Parsons et MacDonald, je serais d'avis, rendant la décision qu'aurait dû rendre le juge de la Cour de l'impôt, d'accueillir leurs appels en partie et de renvoyer les cotisations au ministre pour qu'il les modifie compte tenu du fait que leur responsabilité de retenir et remettre les sommes visées ne commence que le 13 janvier 1993. Comme l'appelante ne demande pas les dépens, je ne rendrais aucune ordonnance à ce sujet.

\* \* \*

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

[42] LE JUGE NOËL, J.C.A.: Il s'agit d'appels de la décision<sup>18</sup> du 3 octobre 1997, par laquelle le juge O'Connor, de la Cour canadienne de l'impôt, accueillait l'appel des intimés d'une cotisation établie en vertu du paragraphe 227.1(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la LIR). Cette cotisation portait sur des retenues d'impôt à la source sur le salaire des employés de Louisbourg Harbourfront Park Ltd. (la Corporation), qui n'ont pas fait l'objet d'une remise.

[43] Ces appels ont été entendus ensemble et les présents motifs de jugement s'appliquent à tous. Une copie de ces motifs sera donc déposée dans le dossier de chacune de ces affaires.

[44] The Corporation was incorporated in 1980 under the *Companies Act*, R.S.N.S. 1967 c. 42, as amended (the Act). It was a non-profit corporation whose mandate was the enhancement and development of economic activity in the Town of Louisbourg. At all relevant times to this appeal, the Louisbourg Harbourfront Society (the Society) owned 96% of the shares of the Corporation, with the remaining 4% being held by prior directors of the Corporation in trust for the Society.

[45] The Articles of Association of the Corporation (Articles) limited the number of directors to a maximum of seven and required that each director hold at least one share of the Corporation. None of the respondents owned a share of the Corporation as required by the Articles but all acted as directors. Further, by March 1993, there were nine directors. No remuneration was paid to the respondents in respect of their services.

[46] During the period January 1992 to October 1993, the Corporation failed to remit to the Receiver General of Canada federal income tax withheld from the wages paid to the Corporation's employees in the amount of \$17,886.91.<sup>19</sup> Pursuant to subsection 227.1(1) of the ITA the respondents Corsano, Wheeliker and Maindiratta were assessed by the Minister of National Revenue (the Minister) for source deductions not remitted for the period from January 1992 to October 1993. The respondents Lawrence, MacDonald and Parsons were assessed for the period from November 1992 to October 1993.<sup>20</sup> Section 227.1 of the ITA reads:

**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.

...

(3) A director is not liable for a failure under subsection (1) where he exercised the degree of care, diligence and

[44] La Corporation été constituée en 1980 en vertu de la *Companies Act*, R.S.N.S. 1967, ch. 42, modifiée (la Loi), à titre de corporation sans but lucratif visant à encourager le développement de l'activité économique dans la municipalité de Louisbourg. Durant toute la période qui nous intéresse, la Louisbourg Harbourfront Society (la Société) possédait 96 p. 100 des actions de la Corporation, les 4 p. 100 restants étant détenus en fiducie pour cette dernière par d'anciens administrateurs de la Société.

[45] Les statuts constitutifs de la Corporation (les Statuts) prévoyaient un nombre maximum de sept administrateurs, chacun d'entre eux devant détenir au moins une action de la Corporation. Aucun des intimés en l'instance ne répondait à ce critère de qualification prévu aux Statuts, mais ils ont tous exercé les fonctions d'administrateurs. En mars 1993, il y avait neuf administrateurs en exercice. Les intimés n'étaient pas rémunérés à ce titre.

[46] Entre janvier 1992 et octobre 1993, la Corporation n'a pas remis la somme de 17 886,91 \$<sup>19</sup> au Receveur général du Canada. Ce chiffre représente le total des sommes déduites des salaires versés aux employés de la Corporation, au titre de l'impôt sur le revenu. En application du paragraphe 227.1(1) de la LIR, le ministre du Revenu national (le ministre) a établi une cotisation à l'égard des intimés Corsano, Wheeliker et Maindiratta pour les déductions à la source non remises pour la période de janvier 1992 à octobre 1993. Une cotisation a été établie à l'égard des intimés Lawrence, MacDonald et Parsons pour la période allant de novembre 1992 à octobre 1993<sup>20</sup>. L'article 227.1 de la LIR prévoit:

**227.1 (1)** qu'une corporation 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 de la Partie VIII pour une année d'imposition, les administrateurs de la corporation, à la date à laquelle la corporation était tenue de déduire, de retenir, de verser ou de payer la somme, sont solidairement responsables, avec la corporation, du paiement de cette somme, incluant tous les intérêts et toutes les pénalités s'y rapportant.

[. . .]

(3) Un administrateur n'est pas responsable de l'omission visée au paragraphe (1) lorsqu'il a agi avec le degré de soin,

skill to prevent the failure that a reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances. [Emphasis added.]

[47] O'Connor T.C.J., relying on the decision of this Court in *Kalef v. R.*,<sup>21</sup> held that the definition of "director" for the purposes of subsection 227.1(1) means a *de jure* director as defined by the incorporating legislation of the corporation. While stating that "there [was] little doubt the [respondents] acted as directors by attending directors' meetings and managing the Corporation,"<sup>22</sup> O'Connor T.C.J. held both that the respondents were not *de jure* directors as defined by the Act and that *de facto* directors were not directors under the Act. As a result, the respondents were not subject to the vicarious liability imposed by subsection 227.1(1) of the ITA.

[48] The ITA does not define "director" either for the purposes of the ITA as a whole or for the purposes of section 227.1. As this Court held in *Kalef*, it is therefore appropriate to look to the corporation's incorporating legislation for guidance as to who is a "director" for the purposes of section 227.1. Under paragraph 2(1)(f) [as am. by S.N.S. 1990, c. 15, s. 2] of the Act:

2 (1)

(f) "director" includes any person occupying the position of director by whatever name called; [Emphasis added.]

I agree with the conclusion of the Tax Court Judge that the words "occupying the position of director by whatever name called" brings within the definition a director irrespective of how this position may be designated. This is consistent with the approach of the Chancery Division in *Re Lo-Line Electric Motors Ltd.*<sup>23</sup> where the Court interpreted the identical definition under the U.K. *Companies Act, 1985* [1985, c. 6]. According to the Court:<sup>24</sup>

. . . the words "by whatever name called" show that the subsection is dealing with nomenclature; for example where the company's articles provide that the conduct of the company is committed to "governors" or "managers".

de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables. [Mon souligné.]

[47] Le juge O'Connor de la Cour de l'impôt s'est fondé sur la décision de cette Cour dans *Kalef c. R.*<sup>21</sup> pour conclure que la définition d'«administrateur» aux fins du paragraphe 227.1(1) visait un administrateur de droit tel que défini dans la loi constitutive de la corporation. Tout en déclarant «que les [intimés] agissaient sans aucun doute à titre d'administrateurs en assistant aux réunions des administrateurs et en gérant la corporation»<sup>22</sup>, le juge O'Connor de la Cour de l'impôt a conclu que les intimés n'étaient pas des administrateurs de droit en vertu de la Loi et que les administrateurs de fait n'étaient pas des administrateurs au sens de la Loi. En conséquence, les intimés ne pouvaient être tenus responsables du fait d'autrui en vertu de l'article 227.1(1) de la LIR.

[48] La LIR ne définit le terme «administrateur» ni de façon générale, ni aux fins de l'article 227.1. Comme cette Cour a conclu dans *Kalef*, il est logique de se tourner vers la loi régissant la constitution en personne morale de la compagnie pour déterminer qui est un administrateur aux fins de l'article 227.1. L'alinéa 2(1)f) [mod. par S.N.S. 1990, ch. 15, art. 2] de la Loi prévoit que:

[TRADUCTION] 2 (1)

f) «administrateur» comprend toute personne qui occupe le poste d'administrateur, indépendamment de son titre, [Non souligné dans l'original.]

Je partage l'avis du juge de la Cour de l'impôt que les mots «qui occupe le poste d'administrateur, indépendamment de son titre», font qu'une personne agissant comme administrateur est visée par la définition, quel que soit son titre. Cette approche est semblable à celle adoptée par la Chancery Division dans *Re Lo-Line Electric Motors Ltd.*<sup>23</sup>, affaire dans laquelle la Cour devait interpréter une définition identique de la *Companies Act, 1985* du Royaume-Uni [1985, ch. 6]. Selon cette Cour:<sup>24</sup>

[TRADUCTION] [. . .] les mots «indépendamment de son titre» indiquent que le paragraphe traite de terminologie, par exemple lorsque les statuts d'une compagnie prévoient que la gestion de ses affaires est confiée à des «gouverneurs» ou à des «gestionnaires».

[49] As paragraph 2(1)(f) speaks simply to nomenclature and is inclusive, it is therefore necessary to look to the provisions of the Act to determine the legislative intent with respect to those who have under the law the status of “director”.

[50] Before turning to the relevant provisions, I note that the Act nowhere speaks of *de facto* or *de jure* directors. Rather it uses the term director in various contexts, some of which suggest a reference to a director who is qualified to act as such under the Act, and others which refer to a person who in fact acts as such without being so qualified. The question to be answered is whether the word director only connotes a person qualified to act as such under the Act.

[51] A useful starting point is a consideration of the qualifications imposed by the Act. Section 95 is the most important provision in this respect. It provides in part that:

95 (1) It shall be the duty of every director who is by the regulations of the company required to hold a specified share qualification, and who is not already qualified, to obtain his qualification within three months after his appointment, or such shorter time as is fixed by the regulations of the company.

...

(3) The office of director of a company shall be vacated, if the director does not within three months from the date of his appointment, or within such shorter time as if fixed by the regulations of the company, obtain his qualification, or if after the expiration of such period or shorter time he ceases at any time to hold his qualification, and a person vacating office under this Section shall be incapable of being re-appointed director of the company until he has obtained his qualification.

(4) If, after the expiration of the said period or shorter time, any unqualified person acts as a director of the company, he shall be liable to a penalty not exceeding twenty-five dollars for every day between the expiration of the said period or shorter time and the last day on which it is proved that he acted as a director. [Emphasis added.]

[52] The Articles of Association provide in turn:

[49] Comme l’alinéa 2(1)f vise uniquement la terminologie et est inclusif, il faut examiner les dispositions de la Loi pour dégager l’intention du législateur quant à savoir qui a le statut d’«administrateur» en vertu de la Loi.

[50] Avant d’examiner les articles pertinents de la Loi, je souligne que celle-ci ne fait aucunement référence à des administrateurs de fait ou de droit. Elle utilise le terme «administrateur» dans plusieurs contextes, certains laissant supposer qu’elle veut parler d’un administrateur qui répond aux critères qu’elle fixe, et d’autres, d’une personne qui agit comme telle sans répondre à ces critères. On doit donc répondre à la question suivante: le terme «administrateur» est-il limité aux personnes qui satisfont aux critères fixés par la Loi pour l’exercice de cette fonction?

[51] Il est utile d’établir d’abord quelles sont les qualifications qu’exige la Loi. À cet égard, c’est l’article 95 qui est le plus important. Il prévoit notamment que:

[TRADUCTION]

95 (1) Il incombe à chaque administrateur qui, en vertu des règlements de la compagnie est tenu de détenir un certain nombre d’actions pour être éligible et qui n’est pas déjà éligible, d’obtenir ces actions dans les trois mois qui suivent la date de sa nomination ou dans tout autre délai plus bref fixé par les règlements de la compagnie.

[. . .]

(3) La charge de l’administrateur de la compagnie devient vacante si, dans les trois mois qui suivent la date de sa nomination ou dans tout autre délai plus bref fixé par les règlements de la compagnie, l’administrateur n’obtient pas le nombre d’actions nécessaire pour être éligible ou, si après l’expiration de pareil délai, il cesse d’être éligible; en pareil cas, il ne peut être de nouveau nommé administrateur de la compagnie tant qu’il n’a pas obtenu le nombre d’actions nécessaire pour être éligible.

(4) Après l’expiration de la période susdite ou autre délai plus bref, toute personne non éligible qui continue à agir en tant qu’administrateur de la compagnie est passible d’une amende d’au plus vingt-cinq dollars pour chaque journée qui va de l’expiration de la période prescrite jusqu’au jour où il est avéré qu’il a cessé d’agir en tant que tel. [Non souligné dans l’original.]

[52] Les Statuts prévoient ceci:

106. The qualification of a Director shall be the holding of at least one share in the Company of a class entitled to vote at general meetings of the Company. A director may be appointed and act before acquiring a qualifying share, but, if he has not acquired it within three months of his appointment or election, he shall be deemed to have vacated the office of Director.

...

111. The office of a Director shall ipso facto be vacated:

- (a) if he becomes bankrupt, makes an authorized assignment, suspends payment, or compounds with his creditors; or
- (b) if he is found a lunatic or becomes of unsound mind; or
- (c) if he ceases to hold the number of shares required to qualify him for office or does not acquire them within three months after his election or appointment; or
- (d) if by notice in writing to the Company he resigns his office; or
- (e) if he is removed by special resolution as provided by Article 116. [Emphasis added.]

[53] Subsection 95(1) of the Act imposes upon a director the obligation to own the number of shares prescribed by the regulations of the company and provides for a grace period of three months to obtain this qualification. Should a director not obtain the prescribed share qualification within the specified time, or should he or she lose this qualification, subsection 95(3) stipulates that “[t]he office of director . . . shall be vacated” and the person concerned “shall be incapable” of holding the office until he or she has obtained the qualification. The Articles reinforce the effect of the disqualification by providing that the person concerned “shall be deemed to have vacated the office of Director”<sup>25</sup> and “the office of a Director shall *ipso facto* be vacated”<sup>26</sup>.

[54] However, subsection 95(4) acknowledges that persons may act as directors without being qualified, and creates a liability for a penalty for every day during which the breach persists.

[TRADUCTION]

106. Pour être éligible, l’administrateur détient au moins une action d’une catégorie donnant le droit de voter aux assemblées générales de la compagnie. L’administrateur peut être nommé et agir avant d’acquiescer pareille action, mais s’il ne l’a pas acquise dans les trois mois qui suivent la date à laquelle il a été nommé ou élu, sa charge d’administrateur est réputée être devenue vacante.

[. . .]

111. La charge d’administrateur est ipso facto vacante:

- (a) si l’administrateur fait faillite, s’il fait une cession autorisée, s’il suspend un paiement ou s’il effectue un concordat avec ses créanciers; ou
- (b) s’il est jugé que l’administrateur est atteint d’aliénation mentale ou s’il devient faible d’esprit; ou
- (c) si l’administrateur cesse de détenir le nombre d’actions nécessaires pour être éligible ou s’il n’acquiesce pas de telles actions dans les trois mois qui suivent la date à laquelle il a été élu ou nommé; ou
- (d) si l’administrateur signifie par écrit à la compagnie un préavis de sa démission; ou
- (e) s’il est révoqué par une résolution spéciale en vertu de l’article 116. [Non souligné dans l’original.]

[53] Le paragraphe 95(1) de la Loi impose à l’administrateur l’obligation de détenir le nombre d’actions prévu dans le règlement interne de la compagnie, et il lui accorde trois mois pour y satisfaire. Au cas où un administrateur ne répond pas à cette exigence de détention d’actions avant la fin de la période prescrite, ou s’il vient à cesser d’y répondre, le paragraphe 95(3) précise que [TRADUCTION] «la charge de l’administrateur [. . .] devient vacante» et que la personne en cause [TRADUCTION] «ne peut être de nouveau nommée administrateur» tant qu’elle n’est pas redevenue éligible. Les Statuts viennent renforcer l’inéligibilité de la personne en cause en déclarant que [TRADUCTION] «sa charge d’administrateur est réputée être devenue vacante»<sup>25</sup> et que [TRADUCTION] «la charge d’administrateur est *ipso facto* vacante»<sup>26</sup>.

[54] Le paragraphe 95(4) admet toutefois la possibilité que des personnes puissent agir comme administrateurs alors qu’elles ne sont pas éligibles, en prévoyant une amende pour chaque jour où ces personnes sont en situation irrégulière.

[55] The Act also seeks to protect those who in good faith contract with persons who purport to act as directors while not qualified to do so. Section 30 is a codification of the common law “indoor management rule.” It provides:

30 A company or a guarantor of an obligation of the company may not assert against a person dealing with the company or with any person who has acquired rights from the company that

...

(b) the persons named in the most recent notice sent to the Registrar under subsection (1) of Section 98 are not the directors and officers of the company;

...

(d) a person held out by the company as a director, an officer or an agent of the company has not been duly appointed or has no authority to exercise the powers and perform the duties that are customary in the business of the company or usual for the director, officer or agent;

...

except where the person has or ought to have, by virtue of his position with or relationship to the company, knowledge to the contrary. [Emphasis added.]

[56] Thus, a company is estopped from asserting that a person who is held out as a director was not qualified to act as such. The result is that in such circumstances, the company will be bound as it would be if the person had been qualified.

[57] Similarly, section 97 validates the acts of a director despite the fact that it is later found that he or she lacked qualification at the relevant time:

97 The acts of a director or manager shall be valid notwithstanding any defect that is afterwards discovered in his appointment or qualification. [Emphasis added.]

Similar provisions are common in Canadian corporate legislation and exist so as to protect third parties and ensure a degree of certainty with respect to the effect of corporate transactions.<sup>27</sup> However, section 97 does

[55] La Loi vise aussi à protéger les tiers qui traitent de bonne foi avec des personnes qui agissent en administrateurs alors qu'ils ne sont pas éligibles. L'article 30 vient codifier la règle de common law sur la gestion interne, de la façon suivante:

[TRADUCTION]

30 Une compagnie ou une instance tierce se portant garante d'une obligation de la compagnie ne peut opposer à toute personne traitant avec la compagnie ou qui a acquis certains droits de celle-ci

[. . .]

(b) que les personnes nommées dans l'avis le plus récent envoyé au Registraire en application du paragraphe 98 (1) ne sont pas des administrateurs de la compagnie;

[. . .]

(d) qu'une personne désignée comme administrateur, responsable ou représentant, par la compagnie n'a pas été valablement nommée ou n'a pas l'autorité requise pour exercer les pouvoirs et assumer les responsabilités qui sont généralement ceux de la compagnie ou de ses administrateurs, responsables ou agents;

[. . .]

sauf si la personne en cause est dans une situation telle vis-à-vis la compagnie qu'elle a, ou aurait dû avoir, connaissance du contraire. [Non souligné dans l'original.]

[56] Une compagnie ne peut donc plaider qu'une personne qu'elle a désignée comme administrateur n'avait pas qualité pour agir comme telle. En conséquence, la compagnie sera alors liée de la même façon que si la personne en cause avait le statut nécessaire pour agir en son nom.

[57] L'article 97 vient aussi valider les actes d'un administrateur, même si l'on découvre plus tard qu'il n'avait pas à l'époque qualité pour agir.

[TRADUCTION]

97 Les actes de l'administrateur ou du directeur sont valides, même s'il est constaté ultérieurement que la nomination comporte une irrégularité ou que l'administrateur ou le directeur n'est pas éligible. [Non souligné dans l'original.]

On trouve des dispositions similaires dans la plupart des lois régissant les compagnies au Canada. Elles ont pour but de protéger les tiers et d'assurer une certitude raisonnable quant aux effets des transactions des

not have the effect of validating the appointment of unqualified directors; rather it validates the “acts” of an improperly appointed director.<sup>28</sup>

[58] It is therefore apparent that the Act recognizes that persons will act as directors without being qualified to do so, and that the legislator has, despite this absence of qualification, chosen to validate those acts in the circumstances that we have seen. The question then becomes whether this statutory recognition of specified acts by persons who act as directors despite their lack of qualification also has the effect of making them directors under the Act.

[59] In my view, section 95 of the Act and the relevant sections of the Articles would be rendered meaningless if the Act was construed as granting the status of director to those who are not qualified. A director is one who meets the requirements imposed under the Act including those prescribed by section 95. Indeed, a penalty is imposed on those who act as director without meeting those requirements. It would be odd if those who breach the Act by acting as directors while not qualified thereunder would nevertheless have the status of director under the Act. As a matter of legislative intent, it seems unavoidable that only those who meet the requirements prescribed by the Act, are directors under the Act.

[60] In my view, the Act cannot be construed as giving those acting as directors without the requisite qualifications the status of director, nor can it be said that the common law has provided such individuals this status. What the courts have done over the years, however, is devise remedies to assist third parties who deal with persons who act as directors or who are held out by the company as directors although they lack the required qualification or authority.

[61] As I understand it, one principle underlying these common law remedies is that a person who has not obtained the requisite qualifications, is prevented

compagnies<sup>27</sup>. Toutefois, l'article 97 ne confère aucune valeur à la nomination d'administrateurs non éligibles. Il ne fait que valider les «actes» d'un administrateur dont la nomination est irrégulière<sup>28</sup>.

[58] Il ressort de ceci que la Loi reconnaît la possibilité que des personnes agissent comme administrateurs alors qu'elles ne sont pas éligibles, et que le législateur a choisi, malgré cela, de valider leurs actes dans les circonstances susmentionnées. La question devient donc de savoir si cette reconnaissance de certains actes posés par des personnes agissant comme administrateurs, malgré le fait qu'elles ne soient pas éligibles, a pour effet de leur accorder le statut d'administrateurs en vertu de la Loi.

[59] Je suis d'avis que l'article 95 de la Loi et les articles pertinents des Statuts perdraient tout leur sens si on pouvait interpréter la Loi de façon à accorder le statut d'administrateur à des personnes qui ne sont pas éligibles. Pour être un administrateur, il faut satisfaire aux exigences de la Loi, y compris celles de l'article 95. Les personnes qui agissent à titre d'administrateur alors qu'elles ne satisfont pas à ces exigences se voient imposer une amende. Il serait étrange que ceux qui enfreignent la Loi en agissant comme administrateurs alors qu'ils ne sont pas éligibles en vertu de celle-ci se voient ainsi accorder le statut d'administrateurs par la même Loi. Il va de soi que l'intention du législateur est que seuls ceux qui répondent aux exigences de la Loi peuvent avoir le statut d'administrateurs en vertu de celle-ci.

[60] Je suis d'avis qu'on ne peut interpréter la Loi de façon à accorder le statut d'administrateurs aux personnes qui agissent comme tels alors qu'elles ne sont pas éligibles, non plus qu'on puisse parvenir à un tel résultat en appliquant la common law. Au fil des ans, les tribunaux ont trouvé des formules pour protéger les tiers ayant traité avec des personnes agissant comme administrateurs, ou que les compagnies ont désignées comme telles, alors qu'elles n'étaient pas éligibles et donc n'avaient aucun statut.

[61] Je constate qu'un des principes qui sous-tendent ces redressements en common law veut qu'une personne qui n'a pas satisfait aux critères d'éligibilité ne

from pleading this failure in order to escape liability attaching to a director. As held by Richards J.A. in *Macdonald v. Drake*:

I cannot assent to the contention that a director, who, with his consent, has been elected and has acted as a director, should, merely because he was not qualified to hold the office, escape liability that he would have incurred if he had been qualified. The true principle seems to be that a man cannot take advantage of his own wrong.<sup>29</sup>

It being recognized in this instance that the respondents acted as directors, in conformity with the will of the shareholders, I see no reason why they should be allowed to assert their lack of qualification to escape the liability cast upon directors by virtue of section 227.1 of the ITA.

[62] Thus, while I would agree with the conclusion of the Tax Court Judge that those acting as directors without having the requisite qualifications are not directors under the Act, I do not believe that the respondents can raise this lack of qualification as a defence to their liability under subsection 227.1(1) of the ITA.

[63] On the issues of the applicable standard of care and its application to the facts of this case, I agree with the reasons of my colleague, Létourneau J.A. and would dispose of these appeals as he suggests.

DESJARDINS J.A.: I concur.

<sup>1</sup> [1996] 2 C.T.C. 1 (F.C.A.).

<sup>2</sup> (1906) 16 Man. L.R. 220 (C.A.).

<sup>3</sup> (1917), 35 D.L.R. 169 (Man. K.B.), at pp. 179-180; see also *Re Canadian Casket Co. Ltd.* (1933), 14 C.B.R. (N.S.) 148 (Ont. S.C.).

<sup>4</sup> Toronto: Carswell, 1979, at p. 411; see also L. C. B. Gower, *Gower's Principles of Modern Company Law*, London: Sweet and Maxwell, 1992, at p. 143:

While, *de jure*, people cannot be directors unless they have been properly appointed, they may... be able to bind the company although they have not. Moreover, they may be subject to liability as if they were directors

peut se fonder sur ce fait pour échapper aux responsabilités de la charge d'administrateur. C'est ce qu'a conclu le juge d'appel Richards, dans *Macdonald v. Drake*:

[TRADUCTION] Je ne peux conclure qu'un administrateur qui a accepté d'être élu à ce poste et l'a exercé puisse, du simple fait qu'il n'était pas éligible, échapper à la responsabilité qui lui échoirait autrement. Le principe en cause ici est qu'un homme ne peut tirer profit de sa propre faute.<sup>29</sup>

Comme il est avéré en l'instance que les intimés ont agi comme administrateurs selon la volonté des actionnaires, je ne vois pas pour quels motifs ils seraient autorisés à s'appuyer sur le fait qu'ils n'étaient pas éligibles pour échapper aux obligations imposées aux administrateurs par l'article 227.1 de la LIR.

[62] En conséquence, bien que je partage l'avis du juge de la Cour de l'impôt que les personnes agissant comme administrateurs sans être éligibles à ce poste ne sont pas des administrateurs au sens de la Loi, je ne crois pas que les intimés puissent échapper de ce fait à leurs obligations en vertu du paragraphe 227.1(1) de la LIR.

[63] Sur la question du degré de soin pertinent et de son application dans le contexte de la présente affaire, je partage l'avis de mon collègue le juge Létourneau. Je souscris aussi à la façon dont il propose de régler les présents appels.

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

<sup>1</sup> [1996] 2 C.T.C. 1 (C.A.F.).

<sup>2</sup> (1906), 16 Man. L.R. 220 (C.A.).

<sup>3</sup> (1917), 35 D.L.R. 169 (B.R. Man.), aux p. 179 et 180; voir aussi *Re Canadian Casket Co. Ltd.* (1933), 14 C.B.R. (N.S.) 148 (C.S. Ont.).

<sup>4</sup> Toronto: Carswell, 1979, à la p. 411; voir aussi L. C. B. Gower, *Gower's Principles of Modern Company Law*, London: Sweet and Maxwell, 1992, à la p. 143:

[TRADUCTION] Bien qu'en droit une personne ne puisse être un administrateur sans avoir été régulièrement nommée, elle peut [...] engager la responsabilité de la compagnie malgré ce fait. De telles personnes peuvent

because they have assumed that position . . . [My underlining.]

<sup>5</sup> *White (J.) v. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2566 (T.C.C.), at p. 2574. The Tax Court refused to read such classification of directors in s. 227.1(1) with a view to providing relief to some but not others.

<sup>6</sup> [1988] 2 All ER 692 (Ch. D.), at pp. 697-698.

<sup>7</sup> [1987] B.C.L.C. 607 (Ch. D.), at p. 617.

<sup>8</sup> (1917), 38 O.L.R. 414 (App. Div.), at p. 421.

<sup>9</sup> [1998] 1 F.C. 124 (C.A.).

<sup>10</sup> *Id.*, at p. 155.

<sup>11</sup> *Id.*, at p. 155.

<sup>12</sup> *Id.*, at pp. 158, 160 and 161.

<sup>13</sup> See the testimony of Mr. Corsano in supplement to Appeal Book, vol. 15., at pp. 112-113.

<sup>14</sup> See Common Appendix I, vol. 3, at pp. 366-368.

<sup>15</sup> Supplement to Appeal Book, vol. XII, at p. 163.

<sup>16</sup> *Id.*, at pp. 163-164.

<sup>17</sup> Supplement to Appeal Book, vol. 15, at pp. 128-130.

<sup>18</sup> Now reported at [1998] 1 C.T.C. 2021 (T.C.C.) (hereinafter *Wheeliker*).

<sup>19</sup> Appeal Book, vol. 3, at pp. 390-391 and 409.

<sup>20</sup> Memorandum of fact and law of the appellant, at p. 1; memorandum of fact and law of *Wheeliker*, at p. 1; memorandum of fact and law of Lawrence, MacDonald and Parsons, at p. 1; memorandum of fact and law of Maindiratta, at p. 5; memorandum of fact and law of Corsano, at p. 4.

<sup>21</sup> [1996] 2 C.T.C. 1 (F.C.A.) (hereinafter *Kalef*).

<sup>22</sup> *Wheeliker*, *supra*, note 18, at p. 2029.

<sup>23</sup> [1988] 2 All ER 692 (Ch. D.).

<sup>24</sup> *Id.* at p. 699.

<sup>25</sup> Article 106.

<sup>26</sup> Article 111.

<sup>27</sup> See F. Iacobucci *et al.*, *Canadian Business Corporation: An Analysis of Recent Legislative Developments* (Agincourt (Ont): Canada Law Book, 1977), at pp. 269-270.

<sup>28</sup> See for example *Oliver et al. v. Elliott et al.* (1960), 23 D.L.R. (2d) 486 (Alta. S.C.).

<sup>29</sup> *Macdonald v. Drake* (1906), 16 Man. L.R. 220 (C.A.), at p. 223.

aussi être responsables au même titre que les administrateurs, du fait qu'ils ont occupé le poste [ . . . ] [Non souligné dans l'original.]

<sup>5</sup> *White (J.) c. M.N.R.*, [1990] 2 C.T.C. 2566 (C.C.I.), à la p. 2574. Dans cette affaire, la Cour de l'impôt a refusé d'adopter une interprétation de l'art. 227.1(1) qui aurait exempté de leurs obligations certains administrateurs et non d'autres.

<sup>6</sup> [1988] 2 All ER 692 (Ch. D.), aux p. 697 et 698.

<sup>7</sup> [1987] B.C.L.C. 607 (Ch. D.), à la p. 617.

<sup>8</sup> (1917), 38 O.L.R. 414 (Div. app.), à la p. 421.

<sup>9</sup> [1998] 1 C.F. 124 (C.A.).

<sup>10</sup> *Id.*, à la p. 155.

<sup>11</sup> *Id.*, à la p. 155.

<sup>12</sup> *Id.*, aux p. 158, 160 et 161.

<sup>13</sup> Voir le témoignage de M. Corsano dans le supplément au Dossier d'appel, vol. 15, aux p. 112 et 113.

<sup>14</sup> Voir l'annexe conjointe 1, vol. 3, aux p. 366 à 368.

<sup>15</sup> Supplément au Dossier d'appel, vol XII, à la p. 163.

<sup>16</sup> *Id.*, aux p. 163 et 164.

<sup>17</sup> Supplément au Dossier d'appel, vol. 15, aux p. 128 à 130.

<sup>18</sup> Publiée à [1998] 1 C.T.C. 2021 (C.C.I.) (ci-après citée sous le nom de *Wheeliker*).

<sup>19</sup> Dossier d'appel, vol. 3, aux p. 390, 391 et 409.

<sup>20</sup> Mémoire des faits et du droit de l'appelante, à la p. 1; mémoire des faits et du droit de *Wheeliker*, à la p. 1; mémoire des faits et du droit de Lawrence, MacDonald et Parsons, à la p. 1; mémoire des faits et du droit de Maindiratta, à la p. 5; mémoire des faits et du droit de Corsano, à la p. 4.

<sup>21</sup> [1996] 2 C.T.C. 1 (C.A.F.) (ci-après *Kalef*).

<sup>22</sup> *Wheeliker*, *supra*, note 18, à la p. 2029.

<sup>23</sup> [1988] 2 All ER 692 (Ch. D.).

<sup>24</sup> *Id.*, à la p. 699.

<sup>25</sup> Article 106.

<sup>26</sup> Article 111.

<sup>27</sup> Voir F. Iacobucci *et al.*, *Canadian Business Corporation: An Analysis of Recent Legislative Developments* (Agincourt (Ont.): Canada Law Book, 1977), aux p. 269 et 270.

<sup>28</sup> Voir notamment *Oliver et al. v. Elliott et al.* (1960), 23 D.L.R. (2d) 486 (C.S. Alb.).

<sup>29</sup> *Macdonald v. Drake* (1906), 16 Man. L.R. 220 (C.A.), à la p. 223.



# 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.*

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

Application for judicial review of IAD decision dismissing appeal of removal order issued on ground applicant not able to satisfy port of entry officer or immigration adjudicator he and dependants met all requirements of Act and Regulations—In statutory declaration signed in 1990, applicant stated unmarried and had no children—Upon arrival in Canada in September 1992, applicant declared had three children born in 1988, 1990 and 1992 and although not married, had been living with common law wife, mother of children—Port of entry officer's report stated applicant could not establish at port of entry dependants met requirements of Act and Regulations for issuance of visa—And that applicant had not answered truthfully questions put to him when applying for visa, contrary to Act, s. 9(3)—Adjudicator dismissed allegation applicant in violation of Act, s. 9(3) but held applicant failed to satisfy Regulations, s. 12 obligation to establish he and dependants admissible, meeting all requirements of Act and Regulations—IAD upheld adjudicator's decision—Application dismissed—IAD decision clearly correct in law and fully supported by facts—IAD did not err in not relying on evidence collected after adjudicator's decision as relevant to appeal of decision before it (documents proving relationship of children to applicant and medical assessment of them), and in not declaring him admissible on basis of that evidence—While IAD may make use of newly created evidence in sponsorship cases, and when making assessments under its equitable jurisdiction, but not when determining correctness of adjudicator's decision on question of law or fact—In last case, relevant evidence that existing at date of adjudicator's decision—In any event, new evidence produced herein not supporting applicant's claim has proven meeting all requirements of Act—*Flores* case (T94-00301, 19/4/96), where IAD allowed appeal pursuant to Act, s. 73(1)(a) following request by Minister, wrongly characterized by IAD herein as consent decision based on IAD's equitable jurisdiction—

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### —Continued

IAD misapprehended its authority when it signed Act, s. 73(1)(a) order in *Flores* case—IAD correct in saying consent judgments have no precedential value—In exercising its equitable jurisdiction, in present case, IAD found applicant had deliberately tried to circumvent Canada's immigration laws, and did so with full cooperation of family—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9(3), 73(1)(a) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18)—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 12.

VALDEZ V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5430-97, Reed J., order dated 12/3/99, 7 pp.)

Motion to stay removal order from Canada to Afghanistan—Appellant, recognized as Convention refugee in 1986, found guilty on five counts of trafficking in heroin in 1992 and sentenced to five years in jail—Deportation order followed by danger opinion—Danger opinion as well as removal order challenged by judicial review and removal order stayed—Applications for judicial review dismissed but Motions Judge certified two questions for appeal: whether, in judicial review of danger opinion, Court has jurisdiction to determine constitutional validity of Immigration Act, s. 53(1)(d); whether danger opinion under Act, s. 53(1)(d) that includes risk assessment of returning refugee to country of origin and balancing of danger to public in Canada against risk to Convention refugee conform to requirements of fundamental justice under Charter, s. 7—Motion granted—No doubt two certified questions raise serious issues—First question has given rise to conflicting decisions in Trial Division as to whether constitutionality issue can be challenged on application for judicial review or only by way of action—Second question found by F.C.A. to be serious issue: *Sivakumar v. Canada*, [1996] 2 F.C. 872 (C.A.)—No dispute as to irreparable harm appellant could suffer if deported to Afghanistan—Potential threats against appellant and violations of Charter, s. 7 rights to be assessed as of

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

time application for stay of removal order heard, especially where conditions in country to be deported have, as here, worsened for deportee—Basically, counsel for respondent focussed on balance of convenience, arguing irreparable harm to public for stay of removal order because of cost of keeping appellant in custody—However, concern herein balancing of appellant's interest and public interest—Appellant presenting little risk of recidivism as now in custody and likely to remain there for whole of proceedings—If stay not granted, appeal will be rendered nugatory since, as result of deportation, would not be able to benefit from any relief Canadian courts could grant him—Charter, s. 7 rights violation, if any, would remain without remedy—Moreover, deportation would, according to evidence, jeopardize his life and security—On other hand, public interest expressed in terms of costs of detention—Solution more in trying to speed up legal process on litigious issues than denying appellant trial of these issues by means of deportation and jeopardizing his security—Application of rationale in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, at page 346: since Court's decision will apply only to him, balance of convenience favours appellant—While not proper case for granting solicitor-client costs, appellant entitled to costs fixed at \$1,000—Difficult to understand why removal order brought to appellant's attention only four days before its execution—No valid reasons as to why better time frame could not have been provided for hearing of motion to stay and why such unnecessary urgency created—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 53(1)(d) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

SAID V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-149-99, Létourneau J.A., order dated 30/4/99, 7 pp)

## IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of denial of Convention refugee claim based on lack of credibility—Second of two tapes used to record CRDD's hearing misplaced—*Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793 holding where no statutory requirement for hearing transcript, courts must determine whether record allowing proper disposition of appeal, application for review—If so, absence of transcript not violating rules of natural justice—In absence of statutory right to recorded hearing, natural justice only infringed where court having inadequate record upon which to base decision—Application allowed—Neither Immigration Act nor Convention Refugee Determination Division Rules requiring recording of hearing—Tribunal chose to record proceeding—Partial

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

transcript disclosing three apparently unsubstantiated findings by tribunal—No meaningful judicial review can be achieved with partial transcript which discloses potentially serious errors—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2—Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/93-45.

RAZM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3796-98, Lutfy J., order dated 17/3/99, 6 pp.)

Appeal from Trial Division decision ((1995), 102 F.T.R. 24) dismissing application for judicial review of determination of Refugee Division appellant not Convention refugee—Question certified by Gibson J. whether audio tape recordings of refugee determination hearings constitute part of record—Motions Judge not erring in refusing to make audio tape part of record, listen to it in deciding matter before him—What appellant seeks by introduction of audio tape review of determination of Refugee Division not within applicable standard of review imposed on Trial Division—Standard not so broad as to have allowed Gibson J. to revisit facts, reweigh evidence—Central issue question of applicant's credibility—Witness whose credibility questioned by Refugee Division seen, heard by that body as triers of fact—As other triers of fact, they enjoyed unique advantages in making findings upon assessment of witness's credibility—Not to say tape recording of proceeding should never be accepted by court in challenge of decision of administrative tribunal—Assistance could be gained from such record, for example, to establish fundamental unfairness in conduct of hearing amounting to denial of natural justice—Gibson J. under no obligation to make audio tape part of record, to listen to it so as to allow himself to make independent assessment of appellant's credibility—Appeal dismissed, certified question answered in negative.

CHEN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-746-95, Stone J.A., judgment dated 15/4/99, 7 pp.)

## JUDICIAL REVIEW

Application for judicial review of immigration officer's decision refusing application for permanent residence status from within Canada on humanitarian and compassionate grounds under Immigration Act, s. 114(2)—Applicants, husband and wife, citizens of Sri Lanka, of Tamil ethnicity—Left home in June 1994 in war-torn northern region of Sri Lanka, fled to Colombo—Arrived in Canada in August of that year—Applicant stating situation in Colombo changed for worse since refugee claims refused in October 1995, Post-Determination Refugee Claimants in Canada claims rejected in July 1996—Immigration officer

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

not willing to make final decision on s. 114(2) application until received comments from visa officer in Colombo in response to request—Rejecting applicants' claim as not satisfied they would suffer undue hardship if required to leave Canada—Whether immigration officer breached duty of procedural fairness by relying on communication received from visa officer in Colombo without first disclosing it to applicants, giving them opportunity to respond to it—Immigration officer subject to duty of procedural fairness, including duty on decision-makers to make reasonable disclosure of material on which they propose to rely—Whether communication received by immigration officer about conditions in Colombo "extrinsic evidence" for purpose of rule in *Shah v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1995), 29 Imm. L.R. (2d) 82 (F.C.A.)—Decision in *Mancia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 261 (C.A.) not applying to facts herein—Immigration officer breaching duty of fairness in relying on visa officer's opinion without first giving applicant opportunity to respond to it—Unreasonable to expect applicants to provide on ongoing basis additional evidence of changing country conditions acquired after making submissions until informed of decision—Visa officer's opinion likely to be particularly influential with immigration officer—Constituting "novel and significant" evidence which fairness required immigration officer to disclose to applicants for comment before relying on it in rejecting claim under s. 114(2)—Application granted—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2).

PACKIRSAMY V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-850-98, Evans J., order dated 17/3/99, 11 pp.)

Application for judicial review of decision by visa officer at Canadian Consulate General in Buffalo, New York, refusing application for permanent residence in Canada, denying applicant's request to transfer file to Detroit—Applicant Russian citizen whose permanent home address in Russia—Whether visa officer, in exercise of discretion, could refuse to transfer applicant's file from New York to Detroit, could refuse applicant's application for permanent residence on ground failed to attend at scheduled interview on May 1, 1998—Administrative decision makers may, as matter of sound administrative practice, without specific statutory authority for doing so, issue guidelines, other non-binding instruments—Policy in place herein requiring those seeking transfer of files to make request at least two weeks prior to date of interview—Failing timely request, application could be refused—Applicant not making request for transfer in timely manner—Interview scheduled for May 1, request for transfer received on April 30, 1998—Applicant not providing explanation for either non-attendance, request to transfer file from New York to Detroit—Not up to applicant to decide where to be interviewed—Decision made

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

by visa officer—Decision refusing to transfer applicant's file from New York to Detroit one visa officer could make in exercise of discretion—Visa officer not failing to exercise discretion properly—Applicant's argument visa officer fettered discretion without substance—Decision made by visa officer to refuse applicant's application for permanent residence not to be interfered with—Application dismissed.

VOSKANOVA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2736-98, Nadon J., order dated 1/4/99, 11 pp.)

## STATUS IN CANADA

*Citizens*

Appeal from grant of citizenship—Respondent physically in Canada for 534 out of required 1095 days during four years preceding citizenship application—According to *Koo (Re)*, [1993] 1 F.C. 286 (T.D.) appropriate test whether applicant "regularly, normally or customarily lives" in Canada, or has centralized mode of existence—Relevant criteria including length of stays in Canada; residence of immediate, extended family; extent, reason for physical absences; quality of connection with Canada in comparison with any other country; whether time spent in Canada indicating returning home as opposed to mere visit—*Lam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 410 (T.D.) (QL), considering appropriate standard of review in citizenship appeals in light of: (1) introduction of Federal Court Rules, 1998, under which citizenship appeal now dealt with as application, instead of trial *de novo*; (2) Parliament considering new citizenship legislation bringing significant changes to examination, determination of citizenship applications and Court's review of resulting decisions—After noting certain objective factors that might dictate greater curial deference, in view of transitional period, Lutfy J. concluding not appropriate to depart radically from current standard of review i.e. some deference owed to special knowledge, experience of citizenship judge—On basis of documentary record, no error in citizenship judge's reasons—Both sons students in Canada—Wife, sons Canadian citizens—Respondent researching, market testing product developing in China, thus explaining more recent absences from Canada—*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Lok* (1998), 152 F.T.R. 207 (F.C.T.D.), wherein citizenship applicant present in Canada for 170 days during relevant period, family living in friend's house, employed by company in Hong Kong where parents, brother lived, company incorporated mere shell, distinguished—Applicant not establishing respondent having significant connection to country other than Canada—Not returning to Taiwan since 1994—Visits to China to promote business initiative—Citizenship Judge's decision consistent

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

with *Papadogiorgakis (In re) and in re Citizenship Act*, [1978] 2 F.C. 208 (T.D.); *Koo (Re)*—Respondent's first departure from Canada, few weeks after landing only reflecting usual requirements for investor immigrant who must respond to successful application in timely fashion, without necessarily having completed move from one's county of previous citizenship—Appeal dismissed.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)  
V. YANG (T-1414-98, Lutfy J., order dated 1/4/99,  
6 pp.)

Appeal from decision of Citizenship Judge granting citizenship to respondent even though absent from Canada for 765 days during four years preceding application for citizenship—Respondent Romanian comedian, actor returning to Romania frequently to pursue vocation—Citizenship Judge stating despite frequent absences from country, respondent performed frequently in Canada free of charge for many Canadian organizations—Evidence not supporting Citizenship Judge's conclusion—Respondent's centre of existence in Romania, not Canada—No substantial connections here—Time spent here in recent years temporary hiatus, not establishment of permanent residence—Appeal allowed.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)  
V. DUMITRU (T-1683-98, Reed J., order dated 31/3/99,  
6 pp.)

Appeal from denial of citizenship based on failure to meet residency requirements—Applicant came to Canada as student in 1989—Granted landing as permanent resident in 1995—Applied for citizenship September 12, 1997—Period of time in Canada before becoming landed immigrant counted towards fulfilment of residency requirements—70 days short of 1095 days required by Citizenship Act, s. 5(1)(c)—When Citizenship Judge interviewed applicant on June 19, 1998 ascertained wife, Canadian-born child returned to Hong Kong; father returned to China; mother remained in China; applicant residing in China since September 1997, having taken indefinite leave of absence from job, because of mother's illness, and having no plans to return to Canada after return to China two days after interview—Citizenship Judge took these factors into consideration when assessing whether or not applicant's absences from Canada between September 12, 1993 and September 12, 1997 should count as residence within country—Crucial factor whether Citizenship Judge erred in law in taking into account events occurring after September 12, 1997—Question whether citizenship applicant clearly and definitively established home in Canada with transparent intention of maintaining permanent roots in this country: *Re*

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

*Ho*, [1997] F.C.J. No. 1747 (T.D.) (QL)—Events subsequent to application for citizenship illuminating quality of connection to Canada at earlier time relevant to Citizenship Judge's evaluation, and Citizenship Judge cannot be faulted for taking them into account—Events subsequent to September 12, 1997 clearly demonstrating, even if applicant had at one time intended to permanently establish himself in Canada, this intention abandoned by date of application for citizenship—Appeal dismissed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c).

WANG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-1881-98, Reed J., order dated 1/4/99,  
5 pp.)

*Convention Refugees*

Judicial review of Immigration and Refugee Board's decision allowing application for cessation of refugee status—Applicant granted Convention refugee status in February 1996 based on fear of violence, torture after husband embraced fundamentalist religious convictions—In April 1996 applied for permanent residence for herself, four children—Listed husband as dependant outside Canada—Submitting husband changed, children require his presence, but not expecting to live with him again—Board holding reasons leading to grant of Convention refugee status no longer existing because applicant requesting husband's presence in Canada, claiming no longer violent—Applicant alleging Minister not discharging burden of showing "substantial, meaningful, durable change" warranting cessation of refugee status—Application denied—Test, as stated by Professor James C. Hathaway in *The Law of Refugee Status*, Toronto: Butterworths, 1991 and in *Barabhuiyan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 92-A-998, Tremblay-Lamer J., judgment dated 30/11/93, not reported, referring to political, social change in country of origin—Test not applicable as applicant not basing refugee claim on how political, social circumstances in Lebanon affected her, but on personal circumstances related to behaviour, religious convictions of husband—Totally unreasonable to try to determine whether person's religious convictions, regrets changed to point one could conclude substantial, meaningful, durable change—Board not erring in not applying legal test to applicant's situation—Furthermore, issue of change of circumstances question of fact: *Yusuf v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1995), 179 N.R. 11 (F.C.A.)—As question of fact whether situation political change of circumstances in country of origin or simply change in personal circumstances of individual for which claimed Convention refugee status, Board could conclude applicant's "original" fear no longer existing—In such applications,

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

burden on Minister to show cessation of refugee status—Minister not having burden herein to show applicant's husband changed, and change durable, but must show change taking place, and change significant—Based on applicant's statements as to how husband changed, apparent wants to live with husband as children need father—Board's decision not unreasonable—Immigration Act, s. 2(2)(e) stating person ceases to be Convention refugee when reasons for fear of persecution in country person left cease to exist—No reasons continuing to exist to believe applicant refugee—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(2)(e) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).

YOUSSEF V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-990-98, Teitelbaum J., order dated 29/3/99, 14 pp.)

Judicial review of Refugee Division's denial of Convention refugee status—Applicant, Tamil from Sri Lanka, claiming refugee status on ground persecuted by Liberation Tigers of Tamil Eelam (Tamil Tigers), and by Sri Lankan army—Refugee Division not believing applicant's evidence as to persecution by army, finding applicant having internal flight alternative in Colombo—Reasons for decision silent on whether applicant having well-founded fear of persecution by Tamil Tigers in Eastern region or Colombo—Applicant submitting Immigration Act not permitting Refugee Division to render reasons, decision orally, and then subsequently communicate them in writing—S. 69.1(9) providing Refugee Division shall render decision as soon as possible after completion of hearing, and send written notice of decision to person and to Minister—S. 69.1(11)(a) providing if decision against person making claim, Refugee Division shall, with written notice of decision, give written reasons with decision—Given importance, as evidenced by s. 69.1(9), of Refugee Division rendering decisions without undue delay, extraordinary to interpret s. 69.1(11)(a) as, in effect, preventing panel hearing claim from rendering negative oral decision promptly after claimant heard—If no regard had to statutory context, purpose, English text of s. 69.1(11)(a) could be interpreted as requiring Refugee Division to give written reasons for negative decision at time renders decision, thus precluding oral negative decisions—But unnecessary to reach this result, especially since s. 69.1(11)(a) result of amendment designed to deal with this very problem under previous wording of statute—Requirement Refugee Division shall, with written notice of decision, give written reasons with decision satisfied if written reasons sent with notice of decision include decision itself: *Isiaku v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 150 F.T.R. 143 (F.C.T.D.)—French text, providing "*la transmission des motifs se fait avec sa notification*", clarifying any lingering ambiguity—Making it clear reasons must be sent with notice of decision, and not precluding possibility decision may already have been

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

rendered orally—Refugee Division's reasons not addressing evidence since 1996 police not permitting non-resident Tamils to remain in Colombo more than few days—If accepted, such evidence would render Colombo destination not realistically accessible to applicant, and would negate finding social services would be available to applicant—Absent reference in reasons to significant evidence about police practice, possible only to speculate on how Refugee Division treated it, or if had regard to it at all—Failure to address this evidence in reasons rendering decision erroneous in law—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60).

BADURDEEN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1312-98, Evans J., order dated 17/3/99, 11 pp.)

Application for judicial review of IRB decision holding applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Cameroon, arrived in Canada in May 1997 and claimed persecution on basis of political opinions and membership in particular social group—Issues whether IRB applied burden of proof different from that established in *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680 (C.A.); whether IRB's adverse finding of credibility reasonable in light of applicant's failure to claim refugee status in Netherlands and during three-year period which elapsed after left Cameroon; whether errors of fact underlined in IRB's reasons determinant of outcome and justify intervention of Court—Application allowed—Burden of proof established in *Adjei* relating to objective basis of one's fear—Only subjective fear relating to credibility issues—IRB's reasons herein show only basis for dismissing applicant's claim lack of credibility—Evidence showing facts relied upon by IRB in support of its adverse finding of credibility incorrect—Issue whether evidence to support adverse finding of credibility once errors of fact have been severed from rest of evidence referred to in its reasons—Overall effect of numerous errors of fact rendering credibility assessment unreasonable—Matter should be returned for new hearing before differently constituted IRB.

NGUE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1678-98, Teitelbaum J., order dated 22/3/99, 10 pp.)

Application for judicial review of IRB Refugee Division decision applicants, mother and son citizens of Congo, not Convention refugees—Mother claiming she, husband and brother experienced persecution while in Zaire as brother suspected of being spy for opposition and as mother member of opposition political party (UDPS) in Canada—Refugee Division denied applicants refugee status on basis evidence, given change in circumstances in Democratic Republic of

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

Congo, did not establish reasonable chance or possibility of persecution should applicants return to Congo—Issues whether Commission erred in finding that, given change of circumstances in new Congo, applicants' fear not well-founded and unreasonable; whether Commission misapplied test under Immigration Act, s. 2(3) and erred by failing to analyze whether persecution suffered warranted application of s. 2(3); whether Commission erred in failing to take into consideration medical report in its assessment of objective basis of applicant's fear; whether Commission erred in law in finding applicant's fear of persecution not well-founded on basis of adherence to political party in Canada; whether Commission erred in finding unlikely that applicant, in light of political profile in Zaire, would be targeted by authorities now in place; whether Commission erred in assessing evidence and in concluding treatment received between 1993 and 1996 not persecutory—Application allowed—Despite respondent's submission open to Commission to conclude changes in circumstances such that it made applicant's fear unreasonable and unfounded given that new regime not expected to persecute those suspected of being its supporters under former regime, Commission failed to properly put its mind to issue of whether recent changes in circumstances such that applicant should no longer fear persecution if she were to return to Congo, thereby committing reviewable error—Issue of whether person's experience amounting to "compelling reasons" under Act, s. 2(3) question of fact for Commission's determination—Commission had duty to consider level or atrocity of acts inflicted upon applicant, repercussion upon physical and mental state, and determine whether this experience alone constituted compelling reason not to return her to country of origin: *Shahid v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 28 Imm. L.R. (2d) 130 (F.C.T.D.)—Commission erred in not considering medical report because of Board's conclusion acts committed upon applicant did not bring Act, s. 2(3) for consideration—Commission satisfied applicant's treatment in Zaire reprehensible but did not fit special requirements of Act, s. 2(3), but failed to state why it so concluded—Refugee claimants cannot use as reason for fear of returning to country of citizenship fact politically active while in Canada and thus should not be returned to country of citizenship—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(3).

**BIBOMBA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)** (IMM-1706-98, Teitelbaum J., order dated 23/3/99, 20 pp.)

*Permanent Residents*

Application for judicial review of visa officer's decision rejecting applicants' (citizens of Iran) application for permanent residence—Applicant, who had been running own business in Iran for over 30 years and worth in excess of 4

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Concluded

million dollars, applied for permanent residence under entrepreneur class—Nevertheless, visa officer concluded applicant did not meet definition of entrepreneur—Application allowed—Visa officer did not err when she looked to abilities in English, low level of formal education and age in assessing whether or not would be able to establish business in Canada—To extent she reconsidered these factors, she did not engage in double counting—She assessed his skills and then assessed his ability to establish business in Canada—With respect to application of definition, as applicant based his application and submitted evidence with regard to establishment of business only, no error of law or denial of procedural fairness due to visa officer's failure to consider applicant's ability to purchase or make substantial investment in business or commercial venture in Canada—However, "active" and "ongoing" participation in management of business (Immigration Regulations, s. 2(1), "entrepreneur", par. (b)) simply meaning being in position to continually cause action or change in operation of business, no need to be present for day-to-day running of operation—Visa officer erred in not making distinction between participating in management and establishing business—Applicant has onus to provide sufficient information to visa officer to support application, however, when latter, as herein, has specific concern (lack of Western business experience) that could impact negatively on application, fairness requiring applicant be given opportunity to respond to concern—Too much emphasis on Western business experience would deny applications from successful business people who have excelled in business in other cultures—Clear evidence herein of applicant's abilities in business world—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1) "entrepreneur".

**YAZDANIAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)** (IMM-4894-97, Tremblay-Lamer J., order dated 26/3/99, 11 pp.)

**CONSTRUCTION OF STATUTES**

Motions by respondent seeking proper interpretation of Immigration Act, s. 82.1(2) exempting visa officer's decisions from requirement leave of Court be obtained before application for judicial review may be commenced—Question in issue correct interpretation of words "a decision of a visa officer" and "any other matter arising thereunder"—Decisions denying admission on humanitarian and compassionate grounds made by Minister's delegate in issue—Applicants sisters in Sri Lanka who applied as assisted family class applicants to be admitted as permanent residents—Letters dated April 13, May 19, 1998 refusing applications as applicants had not obtained sufficient points to be considered for landing, insufficient humanitarian and compassionate grounds to grant landing—French text of s.

**CONSTRUCTION OF STATUTES—Concluded**

82.1(2) clearer than English in conveying idea own decisions of visa officer rather than those made as conduit for another, that are exempt from leave requirements set out in s. 82.1(2)—Applicants' counsel raising significant issue—Respondents' motions granted, applications dismissed as leave not obtained—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 82.1(2) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1990, c. 8, s. 53; 1992, c. 49, s. 73).

RAJADURAI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4014-98, IMM-4402-98, Reed J., order dated 30/3/99, 9 pp.)

**COPYRIGHT**

Application for judicial review questioning Copyright Board's jurisdiction to reduce tariff 2.A (Television-Commercial Stations) from 2.1% to 1.8% of gross advertising revenues for years 1994 to 1997 and to introduce "modified blanket licence" (MBL), optional tariff structure, for 1997—Alternatively, SOCAN submitting Board's decision patently unreasonable—Application dismissed—Standard of review with respect to lowering of tariff rate patent unreasonableness—Board's decision herein not demonstrated to be patently unreasonable or clearly irrational—As to jurisdiction issue, Board must be "correct" in its determination as to whether it had jurisdiction to introduce MBL—Discretion accorded to Board under Act to set tariff rates and append related terms and conditions sufficiently broad to encompass MBL—Board has jurisdiction and obligation to fix not only tariff rate, but also to determine manner of calculating revenue base to which rate will apply—Applying standard of correctness, Board did not lack jurisdiction to adopt MBL—Nor did Board reach patently unreasonable conclusion by introducing MBL.

SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA V. CANADIAN ASSN. OF BROADCASTERS (A-130-98, Robertson J.A., judgment dated 19/3/99, 10 pp.)

**CROWN**

Wrongful dismissal—Motion for summary judgment dismissing plaintiff's action for wrongful dismissal (physical disability discharge from RCMP) on grounds: (1) no proceedings lie against Crown where pension or compensation has been paid concerning injury, damage or loss in respect of which claim made, pursuant to Crown Liability and Proceedings Act (CLPA), s. 9; (2) no proceedings lie against Crown, pursuant to Pension Act, s. 111 where pension awarded under Act or any other Act in respect of disability; (3) in alternative, grievance procedure concerning plaintiff's administrative discharge, provided for in RCMP Act, precludes action for wrongful dismissal against Crown and limits remedy to application for judicial review under Federal Court Act—Motion allowed but, applying Federal

**CROWN—Continued**

Court Rules, r. 57, plaintiff may pursue remedy by way of application for judicial review—(1) Statutory bar in CLPA, s. 9 not extending to actions in contract, as herein—No case law where s. 9 precluded action in contract—Provision not sufficiently free of ambiguity to preclude plaintiff's action in contract—(2) Pension Act, s. 111 (precluding actions against Crown) not applicable herein as neither definition of "pension" or "member of forces" in Pension Act nor terms of RCMP Superannuation Act bring plaintiff and her action within statutory bar of Pension Act, s. 111—(3) Principle that action in wrongful dismissal applies where employer fails to provide reasonable notice of termination not extending to member of RCMP appointed to serve during pleasure—Statutory and regulatory regime concerning grievance of member administratively discharged on account of physical disability plaintiff's sole remedy—Appropriate remedy herein to pursue Force's refusal of request for extension of time period for filing grievance presentation either to level II of grievance process or, to seek judicial review immediately—Plaintiff's action for wrongful dismissal precluded by statutory and regulatory scheme in place for grievance procedures concerning administrative discharges—Normally, in view of above, action should be dismissed—Counsel for defendant acknowledged in written submissions plaintiff's remedy lies in application for judicial review to Federal Court—Federal Court Rules, 1998, r. 57 providing that originating document shall not be set aside only on ground different originating document should have been used—Effect should be given to r. 57 even though action commenced more than eight years ago—Plaintiff's action commenced within ten-day time period stipulated in 1990 version of Federal Court Act, s. 28, for filing of application for judicial review—Accordingly, no time extension required if plaintiff chose to convert action into application for judicial review—Plaintiff given 30-day time period to file originating notice of motion in accordance with r. 300(a) in Trial Division, without prejudice to rights of parties, should either deem it appropriate, to seek order transferring plaintiff's new proceeding to Court of Appeal, pursuant to r. 49—Should plaintiff choose not to pursue remedy by way of application for judicial review, defendant's motion for summary judgment will be granted and action will be dismissed—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 9—Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-6, s. 111—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28—Federal Court Rules, SOR/98-106, rr. 49, 57, 300(a)—Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10—Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act, R.S.C., 1985, c. R-11.

MCLEAN V. CANADA (T-2509-90, Lutfy J., order dated 26/3/99, 16 pp.)

**TORTS**

Claim based on alleged negligence of Transport Canada's firefighters in extinguishing fire in and around engine No.

**CROWN—Concluded**

2 on flight 034 following arrival at scene on night of July 8, 1989—Defendant responsible for providing firefighting services at Lester B. Pearson International Airport—At early stage, raw fuel burning on tarmac, extinguished by application of dry chemical extinguishant by station attendant aided by station supervisor—Raw fuel being emitted from tailpipe onto tarmac, igniting up to and including time when firefighter McWatters on site—When latter arrived, raw fuel on tarmac as well as residue of dry chemical extinguishant—Contrary to captain's instructions, firefighter extinguished fire in engine, rendering it unserviceable—Flight cancelled—Engine removed, serviced—Crown liability vicarious, not direct under Crown Liability and Proceedings Act, s. 3—Plaintiff must show Crown servant, acting within scope of employment, breached duty owed to plaintiff—Must also establish breach caused plaintiff injury of sort that would attract personal liability against private person—Pearson International Airport firefighters taking part in fighting fire Crown servants, acting within scope of employment—Defendant Crown, as represented by Transport Canada, through actions of firefighters, owed Air Canada private law duty of care—Lester B. Pearson International Airport Fire Service providing persons on board flight 034, Air Canada with best performance capable of, given resources available to it on night in question—Alternative extinguishant, Halon, not resource available to firefighters on site at incident—McWatters, first firefighter to arrive on scene, to assess situation made no error of judgment in assessing situation as one posing risk to persons, property that required urgent action—No breach of duty owed by Transport Canada to Air Canada, notwithstanding damage caused to Air Canada—Action dismissed—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 3.

AIR CANADA V. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT)  
(T-2434-91, Gibson J., order dated 12/4/99, 26 pp.)

**FOOD AND DRUGS**

Motion for summary judgment in nature of declaration—Plaintiff seeking declaration product EXTRA Sugarfree Gum food, not drug as defined in Food and Drugs Act, even if use represented to prevent dental cavities—EXTRA Sugarfree Gum currently packaged, labelled, sold as food—Whether plaintiff's EXTRA Sugarfree Gum falls within Act's definition of "food" or, if use represented to prevent dental cavities, within Act's definition of "drug"—Drugs more stringently regulated than foods—Line between regulation of foods and regulation of drugs drawn so as to promote protection of public interest by ensuring products claiming to have health benefits as described in definition of "drug" safe, effective—Product in issue, EXTRA Sugarfree Gum, substance, mixture of substances as contemplated by definition of "drug" in Act, s. 2—Chewing gum not losing potential to be "drug" under appropriate conditions merely

**FOOD AND DRUGS—Concluded**

by inclusion in definition of "food"—EXTRA Sugarfree Gum falling within Food and Drugs Act definition of drug, if use represented to prevent dental cavities—Motion for summary judgment dismissed—Food and Drugs Act, R.S.C., 1985, c. F-27, s. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.)), c. 27, s. 191).

WRIGLEY CANADA V. CANADA (T-2107-97, Richard A.C.J., order dated 23/3/99, 9 pp.)

**INCOME TAX**

Remission order—Appeal from TCC decision in which, on appeal against reassessments by MNR, Tax Court Judge concluded had jurisdiction to consider, apply and give effect to remission order mechanism (remission of tax or penalty where collection of tax or enforcement of penalty unreasonable or unjust or otherwise in public interest to remit tax or penalty)—Appeal allowed—Tax Court Judge erred in concluding remission order preceding reassessment made by MNR—Effect of assumption erroneously linking notion of tax remission with that of tax liability and improperly transforming tax remission into tax exemption—Financial Administration Act requiring as condition precedent to tax remission application there be determination of taxpayer's liability and ascertainment of amount of tax owed—Consequently, on appeal from MNR's assessment of taxpayer's liability, Tax Court Judge has no jurisdiction to embark upon determination of, and proceed to determine, correctness and appropriateness of such assessment by referring to possible injustice or unreasonableness that could result from attempt to enforce payment of tax owed and payable—*Pachanos v. Minister of National Revenue* (1990), 90 DTC 1668 (T.C.C.) agreed with: remission order relating to procedures for collecting taxes owing and unpaid, and not to assessment of income tax—Financial Administration Act, S.C. 1991, c. 24, s. 7(2).

CANADA V. PERLEY (A-521-97, Létourneau J.A., judgment dated 9/3/99, 5 pp.)

**INCOME CALCULATION***Deductions*

Appeal from trial judgment ((1997), 152 D.L.R. (4th) 764) holding membership dues paid by appellant to Appraisal Institute of Canada for 1988 taxation year not deductible in computing income from employment for that year under Income Tax Act, s. 8(1)(i)(i)—Appellant real estate appraiser—S. 8(1)(i)(i) permitting deduction of annual professional membership dues, payment of which necessary to maintain professional status recognized by statute—Trial Judge holding "professional status recognized by statute" requiring enactment of legislation providing for regulation

**INCOME TAX—Concluded**

of professional organization, and no such legislation in 1988—Appeal allowed—Cases relied upon by Trial Judge not directly dealing with meaning of “recognized” in s. 8(1)(i)—Indeed, *Minister of National Revenue v. Montgomery*, [1970] C.T.C. 115 (Ex. Ct.) and cases following, reading into Income Tax Act, words not there—Respondent’s approach requiring Court to supplement word “recognized” in s. 8(1)(i) with words such as “incorporating” or “providing for regulation of” profession, or similar words—While many, perhaps even most, professional organizations will be established, regulated by statute, Income Tax Act not concerned with incorporation, regulation of professional societies; no necessary implication “recognized” in s. 8(1)(i) including such requirements—S. 8(1)(i) concerned with allowing, as deduction from income, professional dues paid in order to maintain professional status recognized by statute—Purpose of term “recognized by statute” only to establish standard against which validity of professional status in question measured—Had Parliament intended to restrict meaning of “recognized” to include requirement of being “incorporated”, “created”, “regulated” by statute, open to it to use words to that effect, but did not—In this case there is statutory recognition of professional status of appraisers for purposes of s. 8(1)(i)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 8(1)(i).

MONTGOMERY V. CANADA (A-799-97, Rothstein J.A., judgment dated 23/3/99, 8 pp.)

**MARITIME LAW****TORTS**

Action for fraudulent misrepresentation against defendant Garry Huntley, General Manager of defendant Geo International Inc.—Plaintiff ocean carrier from China to Canada of three containers of hiker shoes—Goods reached Vancouver in early November 1997, transported by rail to Toronto—Bills of lading covering shipments delivered to shipper Yancheng Eagle Shoes Co. Ltd.—On November 1, 1997, Huntley called Nikki Lawson, Import Customer Services Representative of plaintiff—On November 3, 1997, Huntley faxed copy of cheque for \$1,180 for freight, terminal charges with request for pick-up numbers—With pick-up numbers, Geo obtained release of two containers of hiker shoes from railway company—Plaintiff’s usual business practice not to provide pick-up numbers without receipt of original endorsed bills of lading—Original endorsed bills of lading never provided to plaintiff by Geo—Geo never received them nor did it pay Yancheng for goods—Yancheng claimed for loss against plaintiff—Claim settled for US \$155,000—Plaintiff suffering loss in total sum of US \$165,450—Amount not contested by Huntley—Whether Huntley made fraudulent misrepresentation to Lawson to

**MARITIME LAW—Concluded**

induce her to release goods to Geo—Fraudulent misrepresentation representation of fact made without belief as to its truth, made recklessly without regard to whether true or false, and causing person to whom made to act on it—Whether Huntley knowingly, recklessly made false statement when speaking to Lawson, obtaining pick-up numbers so that goods released to Geo—Defendant in contested trial will rarely, if ever, admit all ingredients of fraudulent misrepresentation—Geo in financial difficulty—Huntley admitted telling Lawson Yancheng goods needed urgently—Evidence not demonstrating Huntley’s communications with Lawson part of pattern of fraud which defendants engaged in to obtain possession of goods without payment—Case not beyond doubt—On balance of probabilities, plaintiff has not satisfied onus of proving all components of fraudulent misrepresentation proven against Huntley—No evidence Huntley involved in refusal to return goods, in sale, in receipt and retention of proceeds of sale—Not liable in conversion—Action dismissed.

WESTWOOD SHIPPING LINES INC. V. GEO INTERNATIONAL INC. (T-359-98, Rothstein J., judgment dated 23/3/99, 17 pp.)

**PATENTS**

Applications for judicial review under Patent Act, s. 55.2, Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 6, R. 1600—Applicants seeking order of prohibition precluding respondent Minister of Health from issuing to respondent Nu-Pharm Inc. in file T-1258-97, and to respondent Pro Doc Limited in file T-1663-97, notice of compliance (NOC) for medicine lovastatin until after expiry of Canadian Patent No. 1,161,380—Applicant Merck & Co. owner of Canadian Patent No. 1,161,380 (‘380 Patent) granted on January 1, 1984 in respect of lovastatin—Medicine lovastatin hypocholesteremic drug effective in treatment of people with elevated blood cholesterol—Respondents Pro Doc, Nu-Pharm Canadian generic drug manufacturers—Merck Frosst receiving Pro Doc’s notice of allegation (NOA) dated June 17, 1997, Nu-Pharm’s NOA dated April 23, 1997, for lovastatin, alleging non-infringement of ‘380 Patent—On June 10, 1997, applicants commenced prohibition proceedings in respect of aforementioned NOAs in files T-1663-97, T-1258-97 raising virtually identical issues—Legal burden in prohibition proceedings under Regulations considered at length in *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] F.C.J. No. 1882 (T.D.) (QL)—Regulations stipulating requirements must be complied with before Minister may issue NOC—Compliance with requirements matter for determination of Minister as part of administrative process leading to issuance of NOC—Minister in position to issue NOC where New Drug Submission (NDS) filed with allegation and where first person served with NOA, detailed statement—Where this has been

## PATENTS—Continued

done, failure to file proof of service should not vitiate entire process—Consistent with Parliament's intent in enacting Regulations as part of new patent scheme to ensure Minister of Health attest to health, safety, efficacy of drugs prior to issuance of NOC, to give first persons protection over proprietary rights by permitting them to challenge generic manufacturers' allegations of non-infringement—Given nature of proceedings, not for Court to scrutinize every shred of evidence to determine whether infringement—Nature of prohibition proceedings requiring determination be made on whether, on balance of probabilities, allegations of non-infringement justified—Applicants' challenge to allegations of non-infringement based on speculative theory of contamination—Weight of evidence adduced by way of affidavit not showing contamination more likely than not occurred—Applicants unable to show respondents' allegations of non-infringement, on balance of probabilities, with respect to intended use of lovastatin provided by Apotex Fermentation Inc., not justified—Filing of NDS, proof of service of NOA upon first person with Minister matters falling in realm of administrative process leading to issuance of NOC by Minister, not relevant to prohibition proceedings—In prohibition proceedings, Court concerned with allegations, first person in position to challenge it where served with NOA, detailed statement—Applications dismissed—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55.2 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4)—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 6—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1600.

MERCK FROSST CANADA INC. V. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-1663-97, T-1258-97, Teitelbaum J., order dated 26/3/99, 28 pp.)

## INFRINGEMENT

Appeal from Trial Division decision ((1998), 80 C.P.R. (3d) 1) declaring Canadian Patent 1,227,863 (Patent '863) valid—Trial Judge finding appellant Flexi-Coil infringing Patent '863—Invention at issue relating to agricultural implement of type commonly described as "packer"—Packer utilized by farmers to compact soil over which packers roll during seed bed preparation or as otherwise required—Respondent Bourgault filing patent application on September 1, 1989—Patent '863 issued on December 18, 1990, entitled "Wing Packer"—Respondent alleging Flexi-Coil infringed claim 1 of Patent '863 by manufacture, sale of Flexi-Coil System 75—Flexi-Coil started developing Flexi-Coil 75 in May 1988, selling it in February 1989—Respondent forwarding cease and desist letter to Flexi-Coil dated February 13, 1991—First argument raised by appellant with respect to appropriateness of referring to extrinsic evidence when construing patent—Trial Judge not prepared to give any weight to specific paragraph in disclosure—Could not ignore said paragraph on basis it might not properly have been

## PATENTS—Continued

included in disclosure—Prior to considering issues of validity, infringement of patent, Trial Judge must determine appropriate construction, scope of claims of patent—Trial Judge properly stating law but went directly to issues of validity, infringement without first quoting, let alone construing claims at issue—Devoting attention to construction of patent according to legal principles, construing it in part explicitly, in part implicitly—Terms in parts e), f) of claim 1 referring to first axis, second axis, not third axis—Reference in disclosure to third axis in one, not illustrated embodiment not enough to read claim as encompassing third axis—Reference unexplained, at odds with rest of specification—Trial Judge properly construed parts e), f) of claim 1 as being restricted to two axes—Expression "ground-engaging" having no specific technical meaning in patent, used whether or not wheels, rollers in contact with ground, wheels have support function—Finding of Trial Judge right as to whether introduction of two-axis pivot obvious—Flexi-Coil alleging patent invalid by reason of lack of candour for failure of Bourgault, agent, to provide relevant prior art to Canadian Patent Office during processing of application for patent—Trial Judge dismissing argument based on Patent Act, s. 53(1) as finding "absolutely no evidence of an intention to mislead by anyone in this case"—Finding unassailable—Trial Judge finding infringement—Alleged infringement with respect to manufacture, sale of machine, not use—As manufactured, sold, Flexi-Coil 75 infringed claim 1—That pressure-spring option kit available to any buyer of machine so that springs can be adjusted by user at latter's convenience not allowing manufacturer, seller to escape charge of infringement—Trial Judge, when finding Flexi-Coil "understood the liability" that attaches to production of infringing device, referring essentially to period occurring after forwarding of cease and desist letter—No basis for interfering with exercise by Trial Judge of discretion on issue of delay incurred prior to commencement of proceedings—Appeal dismissed—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 53(1).

BOURGAULT INDUSTRIES LTD. V. FLEXI-COIL LTD. (A-125-98, Décarý J.A., judgment dated 3/3/99, 16 pp.)

## PRACTICE

Application for *certiorari* quashing notice of compliance (NOC) issued to Apotex in respect of 150 mg, 300 mg capsules of nizatidine; various declarations including Minister of Health under duty to comply with Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 7(1) before issuing NOC, Minister failed to comply with s. 7(1)—Applicant, Eli Lilly, owner of patents for nizatidine, holds NOC to produce, market certain dosage of medicine—Apotex generic manufacturer—In 1993 Apotex provided Eli Lilly with notice of allegation (NOA) stating patents would not be infringed—Eli Lilly obtaining prohibi-

## PATENTS—Continued

tion order, confirmed by Court of Appeal, but reversed by Supreme Court of Canada—Latter holding Apotex would not infringe patents by simply selling medicine in form contemplated by NOA—Day after prohibition order issued, Apotex issued second NOA alleging non-infringement—Eli Lilly not initiating prohibition proceedings because prohibition order, Regulations, s. 7(1)(f) preventing Minister from issuing NOC, and regulatory scheme not permitting multiple NOAs—Apotex obtained *mandamus* directing Minister to process its new drug submission (NDS), stating Regulations not preventing Minister from issuing NOC to Apotex—F.C.A. upholding that decision, Minister issuing NOC in 1997—Eli Lilly submitting *mandamus* order not binding on Minister because based on assumption facts disclosed in NDS correct, but those facts allegedly inaccurate—If order not applicable to process disclosed in NDS for which NOC issued to Apotex, Minister faced with contradictory orders at time issued NOC—Application dismissed—Minister had no choice but to issue NOC in accordance with *mandamus* order—Orders not contradictory, *mandamus* order applied to NOC issued by Minister—In issuing *mandamus* order Judge found scope of prohibition order issued under s. 6(1) confined to those proceedings—Eli Lilly submitting Minister ought to have ensured process underlying NDS same as that disclosed to Eli Lilly—Regulations, s. 7(1)(b) providing Minister shall not issue NOC before second person complied with Regulations, s. 5—Second person required under Regulations to file with Minister NOA as well as proof of service of allegation, detailed statement upon first person—Minister not having access to NOA, detailed statement served upon first person—Consequently unable to match documents for accuracy, and no duty imposed by Regulations, case law to inquire into adequacy of NOA, detailed statement filed on first person—Minister must only ensure office in receipt of proof of service of NOA, detailed statement on first person—Regulations not requiring second person to copy Minister with NOA, detailed statement—Eli Lilly also submitting NOA provided by Apotex inaccurate—Relying on *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1996), 70 C.P.R. (3d) 206 (F.C.A.) wherein held if detailed statement shown to be inaccurate, consequences for second person could be grave—Submitted “grave consequences” requiring NOC be quashed—“Grave consequences” may be out-of-ordinary damages, punitive damages, solicitor-client costs—Not meaning legally valid NOC granted by Minister pursuant to order of *mandamus* can be quashed—*Certiorari* proceedings not proper forum to determine inadequacies in process disclosed by Apotex—Must determine whether Minister committed reviewable error to warrant Court’s intervention—Eli Lilly not establishing Minister committed reviewable error—Issue of infringement of most concern in this type of proceeding—If what was told to Eli Lilly in NOA inaccurate, Court, on infringement proceedings, will determine if Apotex infringing Eli Lilly’s patent by using process other than one for which NOC issued—In such event Apotex could be subject to “grave consequences”—

## PATENTS—Continued

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 5, 6, 7(1).

ELI LILLY AND CO. V. APOTEX INC. (T-1144-97, Teitelbaum J., order dated 31/3/99, 16 pp.)

Apotex seeking competitive advantage when Hoffmann-La Roche’s (HL) patent on naproxen sustained release 750 mg tablets expires in 2003—In 1996, Reed J. (*Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1996), 67 C.P.R. (3d) 484 (F.C.T.D.)) granted HL order prohibiting Minister from issuing notice of compliance to Apotex after concluding Apotex’s allegation would not infringe HL’s patent not supportable on evidence—In 1996, Apotex filed second notice of allegation raising issue of validity of HL’s patent—HL applied for second order prohibiting issuance of notice of compliance—MacKay J. (*AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1997), 71 C.P.R. (3d) 129 (F.C.T.D.)) found first and second allegations essentially similar and ordered stay of further proceedings in file, with result first prohibition order remained in effect—In October 1998, Apotex advised Minister 30-month period from making of second prohibition application would expire following month and Minister issued notice of compliance on basis of MacKay J.’s order—However, after careful reading of MacKay J.’s reasons for order, Minister later informed parties considered notice void—In meantime, HL had filed present application for judicial review requesting Court to set aside notice of compliance, to declare it invalid and to order Minister to withdraw it—While issue moot as notice withdrawn, would be appropriate for Court to exercise discretion and determine issues in dispute between HL and Apotex—Although proceeding taking form of public law litigation, unrealistic not to recognize litigation has important bearing on legal rights of patent holders and commercial competitors—Also, since all parties present before Court, and counsel made full written and oral submissions on all issues, would be wasteful of time and resources if proceeding were dismissed as moot—Issue whether, in interpreting MacKay J.’s order disposing of HL’s second application for prohibition, Court entitled to go behind order itself and consider reasons given for it—Court entitled to look to reasons and, if necessary, to entirety of record before Court to examine context from which order arose in order to better understand its scope and significance—Difficulty arising from fact MacKay J. appears to have considered only allegation of non-infringement, and not allegation HL’s patent invalid—Right or wrong, however, MacKay J.’s order made issue of similarity between second and first notices of allegation *res judicata*—In result, Reed J.’s order of prohibition applies to both elements contained in Apotex’s second notice of allegation—Hence, Minister prohibited from issuing notice of compliance to Apotex until expiry of HL’s patent on naproxen sustained release 750 mg tables—Choice as follows: (1) dismiss application on ground prohibition issued by Reed J. could

**PATENTS—Concluded**

only apply to allegation of non-infringement—Accordingly, in absence of either order of prohibition issued by MacKay J. with respect to allegation of invalidity, or order extending 30-month statutory stay, Apotex became entitled to notice of compliance by virtue of its allegation of invalidity—However, this would inevitably sacrifice important principle that, subject to reversal on appeal, order of Court final and should be given effect according to clear terms—Or (2) allow application and prefer advantages offered by *res judicata*, thereby giving judgment of Court effect it could not have been intended to have, and exhibit preference of form over substance—Lesser evil to find in favour of applicant, and thereby uphold values underlying *res judicata* doctrine—Order setting aside Minister's issue of notice of compliance to Apotex, and declaring it to have been beyond jurisdiction of Minister and consequently invalid, necessary to prevent Apotex from instituting application for judicial review alleging Minister obliged in law to issue to it notice of compliance on basis of allegation of invalidity patent contained in second notice of allegation.

HOFFMANN-LA ROCHE LTD. v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T-2309-98, Evans J., order dated 7/4/99, 13 pp.)

**PRACTICE****COSTS**

Plaintiffs (respondents) sought declaration "current owner restriction" in catch history allocation as policy, general guideline for quota system for halibut fishing on Canada's west coast unlawful—By agreement, Trial Judge split hearing into two parts: issue of legality, relief—Trial Judge found in favour of respondents on legality issue—Federal Court of Appeal allowed appeal, dismissed actions, awarded appellants (defendants) costs there and below—Supreme Court of Canada dismissed respondents' application for leave to appeal, application for reconsideration of leave decision—Appellants filed single bill of costs for all three proceedings—(1) Whether Trial Judge should conduct assessment, and whether assessment should be conducted orally—Federal Court Rules, 1998, r. 2 defining "assessment officer" as judge, prothonotary or referee and "officer of Registry designated by an order of the Court"—Latter phrase source of assessment officer's authority to assess costs—Rr. 2, 405 not specifying how assignments to assess costs to occur—Silent as to jurisdiction to decide on issue of assignment to Trial Judge—But *TRW Inc. v. Walbar of Canada Inc.* (1992), 146 N.R. 57 (F.C.A.); *C.N.R. v. Industrial Estates Ltd.* (1987), 9 F.T.R. 118 (F.C.T.D.); *Smerchanski v. Minister of National Revenue*, [1979] 1 F.C. 801 (C.A.); *Hillsdale Golf & Country Club Inc. v. R.*, [1979] 1 F.C. 809 (T.D.), predicated on Rules no longer in effect, holding Judge would assess costs only in exceptional

**PRACTICE—Continued**

circumstances—Nothing in new Rules suggesting this principle not still applicable—New Rules maintaining practice of officers of Registry conducting assessments of costs—Nothing in materials requiring Trial Judge to take this assessment to exclusion of other assessment officers—(2) Whether costs presented excessive—Summary of submissions concerning r. 400(3) factors (importance, complexity of issues; apportionment of liability; amount of work; whether public interest in litigation justifying particular award of costs; conduct of party affecting length of litigation) Court may consider in exercising discretion in awarding costs—R. 409 permitting assessment officer to consider r. 400(3) factors—To reflect challenges as litigation unfolds, items in Tariff B should be seen as discrete, assessable within own circumstances—R. 409 not requiring same point in range of units be assigned for all items in bill of costs eg. difficult pleadings, discoveries may attract greater units than straightforward trial—Contrast between trial, appeal judgments may be indicative of difficulties in framing issues, but not necessarily determinative of value to be assigned—Regional matter with some larger implications—Few, if any, issues fell away before trial—Not many individual fishers with resources to pursue altruistic tilts at authority—Plain reading of provision in Table to Tariff B, item 7 (discovery of documents) not supporting discrete allowance for each of aggregate of parties grouped in single proceeding—Provides single indemnity for however many causes of action advanced—Given order consolidating actions, two claims not allowed—Use of indefinite article "an" in introductory words for item 8 (preparation for an examination, including separate examinations for discovery, on affidavits) permitting separate claim for preparation for each examination conducted—Passage of time alone not persuasive, in circumstances, claim for fresh preparation warranted each time parties returned to individual—If amendments to pleadings, unfolding of associated issues generated fresh causes of action necessitating such preparation, appellants had to confirm case as advanced by each party—For item 9 (attending on examinations, per hour), Tariff B1(2) (content of bill of costs) should not be construed so narrowly as to yield result inconsistent with apparent effort indicated by record—Materials not elaborating on nuances of difficulty associated with discoveries—Consistent with principle of partial indemnity, and given appellants incurred costs for counsel to attend, circumstances not so exceptional as to warrant zero units—No adverse inference drawn from series of discoveries culminating on eve of trial as could be indicative of difficulty of litigation—For items 14 (counsel fee per hour in Court), 15 (preparation, filing of written argument), threshold for proof in Tariff B1(2) not requiring result inconsistent with Court's own record—Appellants searched Court's records to confirm number of hours claimed for various hearings—Available range for item 14 requires broad distinction between upper, lower assignment for service—As appellants had difficulties as case unfolded before Trial Judge, maximum allowed—Intervener brought

**PRACTICE—Continued**

application to stay trial judgment until disposition of appeal as function of respondents achieving erroneous result at trial ultimately overturned on appeal with finding whole action misconceived with costs against intervener—As order required intervener to bear costs, nothing allowed—Re: units claimed under item 19 (memorandum of fact and law), 20 (requisition for hearing), 22 (counsel fee on hearing of appeal), *Briere v. Canada (Employment & Immigration Commission)* (1986), 10 F.T.R. 80 (F.C.T.D.), holding no costs should be awarded for judgment not based on any arguments raised by parties, not applicable to amount of costs as Court already deciding on scale of costs—Work preceding hearing establishing record by which Federal Court of Appeal having little apparent difficulty in setting aside trial judgment—Re: disbursements, discoveries benefit litigants and Court by isolating and focusing issues—Costs allowed—R. 343, addressing transcripts to be included in appeal book, setting out more general parameters than apparently more restrictive ones in old R. 1206(3)(a)—Amounts removed for transcript of opening at trial as verbal testimony, reasons sufficient, and for transcript of argument by appellants and Trial Judge's closing comments—Bill of costs presented at \$91,067.45 allowed at \$60,336.09—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 2, 343, 400(3), 403, 405, 409, Tariff B (Table)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1206(3)(a).

CARPENTER FISHING CORP. V. CANADA (A-941-96, T-554-91, T-974-91, Stinson T.O., assessment dated 23/3/99, 24 pp.)

**DISMISSAL OF PROCEEDINGS**

Mootness—Application for judicial review of decision made in 1996 purporting to alter terms of applicant's parole supervision—Before decision, applicant permitted to report to parole supervisor only once a year in writing—1996 decision requiring him to report monthly in person until completion of review of case, then no less than every three months—Applicant advised term of parole expired on October 9, 1998 so that no longer on parole, no longer subject to parole supervision—Respondent making motion for dismissal of application on ground of mootness—Leading authority on question of mootness *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342—Proceeding becomes moot when circumstances have changed so that no longer live controversy between parties that can be resolved by decision in proceeding—Application herein moot—Court not exercising discretion to decide application despite mootness—On balance, considerations of collateral consequences, judicial economy would favour not hearing application—Public interest in application not sufficient to justify hearing it despite mootness—Application dismissed.

SHOULDERS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-719-98, Sharlow J., order dated 12/4/99, 6 pp.)

**PRACTICE—Continued****PLEADINGS***Motion to Strike*

Respondent seeking to strike application for judicial review of PWGSC decision determining applicant's bid for household goods removal services failed to meet financial mandatory requirement and therefore non-responsive or to stay proceeding pending outcome of second application for judicial review before Court of Appeal—Motion to strike alleging abuse of process or duplication of proceedings, in view of applicant's challenge to CITT decision before Court of Appeal—In absence of representations from counsel on relevant provisions of International Agreements and related legislation concerning CITT's scope of review with respect to Government Procedures, would be inappropriate for Court to make any finding on issue, and would be wrong to dismiss summarily application for judicial review, pending judicial determination of scope of CITT's jurisdiction and consequent adequacy of complaint process as alternative remedy—However, this does not mean that two applications for judicial review should move forward simultaneously—While two applications challenge different decisions, in both instances, applicant ultimately seeking to have Department's disqualification of its bid set aside—Substantial overlap between factual issues—This will result in duplication of evidence in both proceedings—Possibility of conflicting decisions, as two applications proceed in first instance in Trial Division and in Court of Appeal respectively, to be avoided—Proper administration of justice requiring application for judicial review in Trial Division be stayed, pending final disposition of one in Court of Appeal.

NFC CANADA LTD. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-288-99, Lutfy J., order dated 8/4/99, 10 pp.)

**SERVICE**

Citizenship and Immigration—Application for order dismissing applicant's notice of application—Applicant filed affidavit establishing attempts to serve notice of application—Respondent filed affidavit never received copy of notice of application—Federal Court Rules, 1998, r. 127 requiring originating document be served personally in manner set out in r. 128—Notice of application not served upon respondent as required by r. 128—R. 147 not available to validate service as no evidence originating document came to notice of respondent—Question whether service necessary in light of r. 127(2) (party who has already participated in proceeding need not be personally served under r. 127(1))—Catch-22 situation: whether participating in proceeding for purpose of contesting service has result of making service unnecessary as result of contesting party's participation in proceeding—R. 208 (party in action who objects to service of statement of claim not thereby attorning to jurisdiction of Court) illustrating policy Court entitled to

**PRACTICE—Concluded**

take into account in construing r. 127(2): just as one can challenge jurisdiction without, by fact of challenge, submitting to jurisdiction, one ought to be able to challenge service without thereby making service unnecessary—R. 127(2) not applying to participation in proceeding for purpose of challenging regularity of service—While normally, failure to comply with Rules considered as irregularity to be corrected by appropriate order, instant case not normal course of events—Applicant could have brought *ex parte* application for order of substitutional service pursuant to r. 136 or brought motion under r. 8 for order extending time for service—Instead, applicant's advisors chose to file documents tending to show service had been effected when, in fact, had not been—This was repeated with respect to service of applicant's record—In light of this, Court not prepared to treat failure to comply with Rules as irregularity—Applicant's notice of application set aside under r. 59(c)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 8, 59(c), 127, 128, 136, 147, 208.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)  
v. WEI (T-1710-98, Pelletier J., order dated 31/3/99,  
9 pp.)

**TRADE MARKS****PRACTICE**

Motion for summary judgment under r. 216 dismissing plaintiff's statement of claim on ground no genuine issue for trial with respect to statement of claim—Plaintiff using trade mark "Uni Eco-Stone" in Canada in connection with paving stones since 1990, registering it in 1992—In 1996 defendant advertising paving stones under name "SF-Eco"—Neither manufacturing nor marketing goods but licensing others to do so through intellectual property rights they own—Defendant complying with cease and desist letter requiring it to cease and desist from further use of mark "SF-Eco" in connection with paving stones—No Canadian sales of "SF-Eco" stones to date as result of cease and desist letter from plaintiff's solicitors, plaintiff's institution of proceedings for trade mark infringement—To succeed in motion for summary judgment, defendant has burden of establishing all relevant issues can be properly decided on evidence before Court, no issues that can only fairly be resolved after trial—Rules governing summary judgment should be interpreted liberally so that motions judge must subject evidence to "hard look" in order to determine whether factual issues require kind of assessment, weighing of evidence that should properly be done by trier of fact—R. 216(3) expressly authorizing motions judge to grant summary judgment where issues of fact in dispute—Central issue raised by statement of claim, defence whether plaintiff entitled to monopoly in Canada in use of word "eco" in connection with permeable concrete paving stones—

**TRADE MARKS—Continued**

Question of confusion at heart of plaintiff's allegations with respect to both trade mark infringement, passing-off—Validity of plaintiff's trade mark, "Uni Eco-Stone", not in dispute, must therefore be regarded as capable of enforcement by plaintiff against anyone who infringes it—Evidence insufficient to force defendant to trial—Only mark of plaintiff relevant herein "Uni Eco-Stone"—No family of "eco" marks in Canada on which plaintiff can rely—Existence of "confusion" for purpose of Trade-marks Act, ss. 7(b), 21 involves mixed questions of law, fact—Elements of confusion contained in Act, s. 6(5)—"Uni Eco-Stone" weak trade mark—When used in connection with concrete paving stones in Canada, term "eco" more strongly associated with attractive feature of permeability than secondarily associated with plaintiff's stones, even paving stones from single source—Obvious similarity between parties' wares: both permeable interlocking concrete paving stones—Nature of trade suggesting confusion between "Uni Eco-Stone", "SF-Eco" not very likely—"eco" having general meaning, not been shown to have strong secondary association in Canada with product on which plaintiff's mark engraved—Defendant discharged onus of proving no factual issues that require trial for fair resolution—Issues neither numerous, complex nor dependent on findings of credibility—Motion allowed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 216—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6(5), 7(b), 21.

F. VON LANGSDORFF LICENSING LTD. v. S.F. CONCRETE TECHNOLOGY INC. (T-335-97, Evans J., order dated 8/4/99, 18 pp.)

Motion to strike out all references in statement of defence, counterclaim to Competition Act, s. 32, practices on grounds such practices can only be prosecuted on information exhibited by Attorney General—Defendant responding should be allowed to allege practices contrary to Act as evidence of lack of "clean hands" in order to respond to plaintiff's plea for injunction—S. 32 providing relief not with respect to use of trade mark to lessen competition, but with respect to unduly limiting competition—Whether acts result in undue consequence can only be determined on information of Attorney General—Trade mark intended to limit competition—S. 32 addressing "undue" aspect—S. 32 cannot, until court finding undue consequences, be used as defence, counterclaim in action respecting trade marks—Motion allowed—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), s. 32 (as am. by S.C. 1990, c. 37, s. 29).

VOLKSWAGEN CANADA INC. v. ACCESS INTERNATIONAL AUTOMOTIVE LTD. (T-319-98, Giles A.S.P., order dated 19/4/99, 3 pp.)

Appeal from Trial Division decision ((1997), 77 C.P.R. (3d) 501) striking out appellants' statement of claim in

**TRADE MARKS—Continued**

action for damages for infringement of trade marks, depreciation of value of goodwill attached to trade marks—Appellants Coca-Cola Ltd. (CCL), Coca-Cola Bottling Ltd. (CCB) respectively owner or licensor of Coca-Cola trade marks registered in Canada, licensee-manufacturer of Coca-Cola products in Canada—Respondents distribute, store, ship, transship, export from Canada products manufactured by CCB—Respondents pleading over now-impugned statement of claim—Motions Judge finding paragraphs 17, 18, 19, 21, 22 of appellants' statement of claim disclosing no reasonable cause of action—Application to strike pleading should normally be brought before pleading over it, but can be brought at any time under R. 419(a) on basis pleading discloses no reasonable cause of action—Motions Judge properly limiting consideration of motion to that ground—Finding no undue delay, declining to refuse remedy on that ground—Discretionary decision, no basis on which Court should reverse it—Motions Judge finding no "use" by respondents because of doctrine of first use: once appellants' goods, bearing appellants' trade mark, sold by them in course of trade, subsequent resale of same goods bearing same trade mark could not constitute use, actionable use—Motions Judge concluding respondents' activities not within terms of Trade-marks Act, ss. 4(3), 19, 20, 22(1), each of which requires "use" by defendant for liability to arise—Essence of law of trade marks to prevent deception as to provenance of goods, services where originator of goods, services adopted distinguishing mark for them—View of "use" reinforced by case law which emphasizes deception as necessary element of infringement—No "use" within meaning of Act on part of respondents—Action against them based on Act, ss. 4(3), 19, 20, 22(1) could not succeed—Motions Judge finding paragraphs 17, 18, 19, 21, 22 disclosing no reasonable cause of action—Striking out action as core of action disappeared—Fair assessment of statement of claim—No error in principle on part of Motions Judge in striking whole of statement of claim—No indication in material appellants asked for leave to amend statement of claim—Matter for discretion of Motions Judge, no grounds of reviewable error in exercise of discretion—Appeal dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 4(3), 19, 20, 22(1).

COCA-COLA LTD. V. PARDHAN (A-869-97, Strayer J.A., judgment dated 12/4/99, 17 pp.)

**REGISTRATION**

Appeal from Trade Marks Opposition Board's decision rejecting London Life's opposition to application for registration of trade mark "La Liberté de Planifier Votre Avenir" for use in association with life insurance services—London Life owner of trade marks "Freedom 55", "Liberté 55", "First Freedom", "Liberté Première", "Freedom Time" for use in association with insurance, financial

**TRADE MARKS—Concluded**

planning services, investment services, investment savings plans—London Life submitting Board erred in finding applied-for trade-mark registrable because likelihood of confusion contrary to Trade-marks Act, ss. 6, 12(1)(d)—Evidence London Life extensively advertising trade marks "Freedom 55/Liberté 55"—Trade-marks Act, s. 12(1)(d) providing trade mark registrable if not confusing with registered trade mark—Mark confusing when would cause confusion in manner, circumstances described in s. 6—S. 6(5) requiring court to have regard to all surrounding circumstances when assessing whether mark confusing—In general, court must ask itself whether, as matter of first impression on minds of ordinary person having vague recollection of that other mark, name, use of both marks, names in same area in same manner likely to lead to inference services associated with those marks, names performed by same person, whether or not services of same general class: *Miss Universe, Inc. v. Bohna*, [1995] 1 F.C. 614 (C.A.)—S. 16 providing applicant entitled to registration unless at date of first use confusing with trade mark previously used in Canada—S. 38 specifying grounds of opposition—Evidence applied-for mark having limited inherent distinctiveness, as does appellant's mark—Applied-for mark having limited acquired distinctiveness—Evidence "Liberté 55" widely recognized by, familiar to, members of pertinent public in Province of Quebec—Well-known mark entitled to broad protection—As to factors in s. 6(b), (c), (d) London Life using "Freedom 55", "Liberté 55" since 1984, while Manufacturers Life only beginning to use applied-for mark in 1991; nature of services with which marks associated same; respective channels of trade in which two companies engage overlapping—"Freedom 55", "Liberté 55" conveying idea of being free of financial worries at age 55—"La Liberté de Planifier Votre Avenir" conveying idea of planning for future—Ideas conveyed overlap, but not identical—As to state of register, several pending applications for related trade-marks, but little evidence concerning use by appellant of family of marks—Distinctiveness but one element to be considered when assessing likelihood of confusion—Board not erring in assessing respondent's trade mark in that context, determined it had limited degree of inherent distinctiveness, had become known to some extent in Canada—Board not erring in findings of fact, conclusions based thereon—Evidence filed before Court and before Board not leading to different conclusion—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6, 12, 16(1), 38 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 134).

LONDON LIFE INSURANCE CO. V. MANUFACTURERS LIFE INSURANCE CO. (T-1284-97, Reed J., order dated 24/3/99, 13 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Application for judicial review of Umpire's decision under Unemployment Insurance Act—Umpire allowing appeal

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued**

from decision of Board of Referees upholding Commission's determination respondent lost employment due to own misconduct—Umpire erred in holding once employer withdrew allegations of misconduct pursuant to settlement agreement, no factual basis for supporting finding of dismissal for cause—Mere existence of settlement agreement not determinative of whether employee dismissed for misconduct—Board's function to assess evidence, to arrive at own conclusions—Not bound by how employer, employee characterize grounds on which employment terminated—Sufficient documentary evidence available to Commission, Board to justify finding of misconduct—That

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded**

settlement agreement required employer to withdraw allegation of dismissal for cause not conclusive of whether actually misconduct for purposes for Act—Settlement agreement not including admission by employer, either express or implicit, dismissal for cause not fully justified—Board's sole responsibility to give claimant fair opportunity to comment on, contradict evidence presented by Commission—Application allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1 (as rep. by S.C. 1996, c. 23, s. 155).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. MORRIS (A-291-98,  
Robertson J.A., judgment dated 15/4/99, 3 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.*

## ALIMENTS ET DROGUES

Demande de jugement sommaire présentée afin d'obtenir un jugement déclaratoire—La demanderesse sollicite un jugement déclaratoire portant que son produit, la gomme sans sucre EXTRA, est un aliment et non une drogue au sens de la Loi sur les aliments et drogues même si elle présente son produit comme pouvant prévenir la carie dentaire—À l'heure actuelle, la gomme sans sucre EXTRA est emballée, étiquetée et vendue à titre d'aliment—Il s'agit de déterminer si la gomme sans sucre EXTRA de la demanderesse est visée par la définition d'«aliment» dans la Loi ou si elle est visée par la définition de «drogue» dans la Loi lorsqu'elle est présentée comme pouvant prévenir la carie dentaire—Les drogues sont réglementées plus sévèrement que les aliments—Une distinction a été faite entre la réglementation des aliments et celle des drogues afin d'assurer la protection du public en veillant à ce que les produits qui sont présentés comme étant bons pour la santé au sens de la définition de «drogue» soient sécuritaires et efficaces—Le produit en cause, la gomme sans sucre EXTRA, est une substance ou mélange de substances au sens de la définition de «drogue» à l'art. 2 de la Loi—La gomme à mâcher peut néanmoins être une «drogue» dans certaines conditions appropriées même si elle est mentionnée dans la définition d'«aliment»—La gomme sans sucre EXTRA est une drogue au sens de la Loi sur les aliments et drogues lorsqu'elle est présentée comme pouvant servir à la prévention de la carie dentaire—La demande de jugement sommaire a été rejetée—Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch. F-27, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 191; L.C. 1992, ch. 1, art. 145).

WRIGLEY CANADA C. CANADA (T-2107-97, juge en chef adjoint Richard, ordonnance en date du 23-3-99, 10 p.)

## ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un juge-arbitre fondée sur la Loi sur l'assurance-chômage—Le juge-

## ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

arbitre a accueilli l'appel de la décision du Conseil arbitral, confirmant la décision de la Commission selon laquelle le défendeur avait perdu son emploi en raison de sa propre inconduite—Le juge-arbitre a commis une erreur en concluant que, dès l'instant où l'employeur a retiré les allégations d'inconduite conformément au règlement à l'amiable, les faits n'étaient plus une conclusion de congédiement motivé—La simple existence d'un règlement à l'amiable n'est pas déterminante quant à savoir si un employé a été congédié pour cause d'inconduite—C'est au Conseil d'apprécier la preuve et de tirer ses propres conclusions—Il n'est pas lié par la manière dont l'employeur et l'employé ont caractérisé les motifs pour lesquels il a été mis fin à l'emploi—La Commission et le Conseil étaient saisis de suffisamment d'éléments de preuve documentaire pour justifier une conclusion d'inconduite—Le fait que le règlement à l'amiable prévoyait que l'employeur devait retirer l'allégation de congédiement motivé n'est pas concluant quant à savoir s'il y a eu effectivement inconduite aux fins de la Loi—Le règlement à l'amiable ne comporte pas d'admission expresse ou tacite de l'employeur selon laquelle le congédiement motivé n'était pas pleinement justifié—La seule obligation incombant au Conseil est qu'il donne au demandeur une possibilité raisonnable de soumettre ses observations sur la preuve présentée par la Commission et de la contredire—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1 (abrogé par L.C. 1996, ch. 23, art. 155).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MORRIS (A-291-98, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 15-4-99, 5 p.)

## BREVETS

Demandes de contrôle judiciaire présentées en vertu de l'art. 55.2 de la Loi sur les brevets, de l'art. 6 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) et de la

**BREVETS—Suite**

Règle 1600—Les demanderesse sollicitent une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité pour le médicament lovastatine à la défenderesse Nu-Pharm Inc., dans l'affaire T-1258-97, et à la défenderesse Pro Doc Limited, dans l'affaire T-1663-97, avant l'expiration du brevet canadien n° 1,161,380—La demanderesse Merck & Co. est titulaire du brevet canadien n° 1,161,380 (le brevet '380) accordé le 1<sup>er</sup> janvier 1994 pour la lovastatine—Le médicament lovastatine est une drogue hypocholestérolémique qui est efficace dans le traitement de l'hypercholestérolémie—Les défenderesses Pro Doc et Nu-Pharm sont des fabricants canadiens de médicaments génériques—Merck Frosst a reçu l'avis d'allégation de Pro Doc daté du 17 juin 1997 et celui de Nu-Pharm daté du 23 avril 1997 pour la lovastatine, alléguant l'absence de contrefaçon du brevet '380—Le 10 juin 1997, les demanderesse ont déposé une demande d'interdiction relativement à l'ADC susmentionné dans les affaires T-1663-97 et T-1258-97 qui soulèvent des questions presque identiques—La question du fardeau de la preuve dans une procédure d'interdiction en vertu du Règlement a été examinée en détail dans l'affaire *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé et du Bien-être social)*, [1998] F.C.J. N° 1882 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)—Le Règlement prévoit que les conditions doivent être remplies avant que le ministre puisse délivrer un ADC—Le respect des conditions est une question qui doit être déterminée par le ministre dans le cadre du processus administratif menant à la délivrance de l'ADC—Le ministre peut délivrer un ADC lorsqu'une présentation de drogue nouvelle (PDN) a été jointe à une allégation et que l'avis d'allégation et l'énoncé détaillé ont été signifiés à la première personne—Lorsque cette étape a été franchie, l'omission de produire une preuve de la signification ne devrait pas vicier l'ensemble du processus—Cette interprétation est conforme à l'intention du législateur en adoptant le Règlement dans le cadre du nouveau régime applicable aux brevets, savoir veiller à ce que le ministre de la Santé puisse répondre de la santé, de l'innocuité et de l'efficacité des drogues avant la délivrance d'un ADC et protéger les droits de propriété des premières personnes en leur permettant de contester les allégations d'absence de contrefaçon des fabricants de produits génériques—Compte tenu de la nature de la procédure, il n'appartient pas à la Cour d'examiner à la loupe chacun des éléments de preuve pour déterminer s'il y a eu contrefaçon—La nature d'une procédure d'interdiction exige de déterminer, suivant la prépondérance des probabilités, si les allégations d'absence de contrefaçon sont fondées—La contestation par les demanderesse des allégations d'absence de contrefaçon repose sur une théorie spéculative de contamination—La preuve par affidavit ne permet pas de conclure que la contamination est plus probable que non—Les demanderesse n'ont pas été en mesure de démontrer que, suivant la prépondérance des probabilités, les allégations d'absence de contrefaçon des demanderesse relatives à l'usage prévu de la lovastatine produite par Apotex

**BREVETS—Suite**

Fermentation Inc. ne sont pas fondées—La présentation au ministre d'une PDN ou de la preuve de la signification d'un avis d'allégation à la première personne est une question qui relève du processus administratif qui mène à la délivrance de l'ADC par le ministre et n'est pas pertinente dans une procédure d'interdiction—Dans une procédure d'interdiction, la Cour doit examiner les allégations et la première personne peut les contester lorsqu'un avis d'allégation et un énoncé détaillé lui ont été signifiés—Demandes rejetées—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55.2 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4)—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 6—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1600.

MERCK FROSST CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-1663-97, T-1258-97, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 26-3-99, 34 p.)

**CONTREFAÇON**

Appel de la décision de la Section de première instance ((1998), 80 C.P.R. (3d) 1) de déclarer valide le brevet canadien n° 1 227 863 (le brevet '863). Le juge de première instance a conclu que l'appelante Flexi-Coil contrefaisait le brevet '863—L'invention en litige a trait à un outil agricole du type communément appelé «rouleau plombeur»—Les cultivateurs se servent de rouleaux plombeurs pour compacter le sol au moment de la finition du lit de semences ou selon les besoins—L'intimée Bourgault a déposé sa demande de brevet le 1<sup>er</sup> septembre 1989—Le brevet '863 intitulé «Wing Packer» (rouleau plombeur à battants) a été délivré le 18 décembre 1990—L'intimée affirme que Flexi-Coil contrefait la revendication 1 de son brevet '863 en fabriquant et en vendant le Flexi-Coil System 75—Flexi-Coil avait commencé à mettre au point son Flexi-Coil 75 en mai 1988 et avait commencé à le vendre en février 1989—L'intimée a fait parvenir à Flexi-Coil une mise en demeure en date du 13 février 1991—Le premier argument soulevé par l'appelante concerne l'opportunité de se reporter à des éléments de preuve extrinsèques lorsqu'on interprète un brevet—Le juge de première instance n'était pas disposé à accorder quelque importance que ce soit au paragraphe en cause dans l'exposé de l'invention—Il ne pouvait pas écarter ce paragraphe au motif qu'il n'avait peut-être pas été inséré régulièrement dans l'exposé de l'invention—Pour examiner les questions de validité et de contrefaçon de brevets, le juge de première instance doit décider quelles sont l'interprétation et la portée appropriées des revendications du brevet—Le juge du procès a correctement énoncé les règles de droit applicables, mais est passé directement aux questions de validité et de contrefaçon sans avoir d'abord cité, et encore moins interprété, les revendications en litige—Il a fait porter son attention sur l'interprétation du brevet en suivant les principes juridiques applicables et a interprété le brevet, en partie de manière explicite, en partie de manière

**BREVETS—Suite**

implicite—Les termes employés aux alinéas e) et f) de la revendication 1 parlent d'un premier et d'un second axe, mais pas d'un troisième—La mention, dans l'exposé de l'invention, d'un troisième axe dans une seule application non illustrée ne suffit pas pour interpréter la revendication comme englobant un troisième axe—Cette mention n'est pas expliquée et ne cadre pas avec le reste du mémoire descriptif—Le juge de première instance a bien interprété les alinéas e) et f) de la revendication 1 en concluant qu'ils se limitent à deux axes—L'expression «pivotante» n'a, dans le brevet, aucun sens technique et elle est employée que les roues et les rouleaux entrent ou non en contact avec le sol et que les roues aient ou non une fonction de soutien—La conclusion du juge de première instance était bien fondée quant à la question de savoir si l'introduction de l'articulation à deux axes était évidente—Flexi-Coil affirme que le brevet est invalide pour manque de franchise, en raison du défaut de Bourgault ou de son mandataire d'indiquer au Bureau canadien des brevets les antériorités pertinentes au cours de l'examen de sa demande de brevet—Le juge de première instance a rejeté l'argument tiré de l'art. 53(1) après avoir conclu qu'«il n'y a, en l'espèce, absolument aucune preuve d'une intention d'induire en erreur»—Cette conclusion est inattaquable—Le juge de première instance a conclu à la contrefaçon—La contrefaçon reprochée porte sur la fabrication et la vente de la machine, pas sur son utilisation—Telle qu'il est fabriqué et vendu, le Flexi-Coil 75 contrefait la revendication 1—Le fait que tout acheteur de la machine peut se procurer la trousse de blocs-pression facultatifs de manière à les régler sur la machine au moment qui lui conviendra ne permet pas au fabricant ou au vendeur d'échapper aux accusations de contrefaçon—Lorsqu'il a conclu que Flexi-Coil «comprendait la responsabilité» qu'entraîne la production d'un dispositif contrefait, le juge de première instance songeait essentiellement à la période qui s'est écoulée après l'envoi de la mise en demeure—Il n'existe aucune raison d'intervenir dans l'exercice que le juge de première instance a fait de son pouvoir discrétionnaire sur la question des retards subis avant l'introduction de l'instance—Appel rejeté—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 53(1).

BOURGAULT INDUSTRIES LTD. C. FLEXI-COIL LTD.  
(A-125-98, juge Décary, J.C.A., jugement en date du  
3-3-99, 22 p.)

**PRATIQUE**

Demande de *certiorari* annulant l'avis de conformité (ADC) délivré à Apotex pour des capsules de 150 mg et de 300 mg de nizatidine; diverses ordonnances sont sollicitées, notamment des ordonnances portant que le ministre de la Santé est tenu de se conformer à l'art. 7(1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) avant de délivrer un ADC et qu'il a omis de le faire—La demande-

**BREVETS—Suite**

resse, Eli Lilly, est propriétaire des brevets afférents à la nizatidine et a obtenu un ADC lui permettant de produire et de commercialiser une certaine forme posologique du médicament—Apotex est un fabricant de médicaments génériques—En 1993, Apotex a remis à Eli Lilly un avis d'allégation indiquant qu'il n'y aurait pas de contrefaçon desdits brevets—Eli Lilly a obtenu une ordonnance d'interdiction, confirmée par la Cour d'appel, mais infirmée par la Cour suprême du Canada—Cette dernière a statué qu'Apotex ne contreferaient pas les brevets en vendant simplement le médicament sous la forme prévue par l'avis d'allégation—Le lendemain du prononcé de l'ordonnance, Apotex a produit un deuxième avis d'allégation dans lequel elle alléguait l'absence de contrefaçon—Eli Lilly n'a pas sollicité d'ordonnance d'interdiction parce que l'ordonnance d'interdiction rendue et l'art. 7(1)f) empêchaient le ministre de délivrer un ADC et que le Règlement ne permettait pas la délivrance de multiples avis d'allégation—Apotex a obtenu un *mandamus* ordonnant au ministre de traiter sa présentation de drogue nouvelle (PDN) et statuant que le Règlement n'interdisait pas au ministre de délivrer un ADC à Apotex—La C.A.F. a confirmé cette décision et le ministre a délivré un ADC en 1997—Eli Lilly a fait valoir que l'ordonnance de *mandamus* ne liait pas le ministre parce qu'elle reposait sur l'hypothèse que les faits révélés dans la PDN étaient exacts alors qu'ils auraient été inexacts—Si l'ordonnance n'était pas applicable au procédé divulgué dans la PDN pour lequel un ADC avait été délivré à Apotex, le ministre était en présence de deux ordonnances contradictoires au moment où il a délivré l'ADC—Demande rejetée—Le ministre n'avait d'autre choix que de délivrer l'ADC conformément à l'ordonnance de *mandamus*—Les ordonnances ne sont pas contradictoires et l'ordonnance de *mandamus* s'appliquait à l'ADC délivré par le ministre—En rendant l'ordonnance de *mandamus*, le juge a statué que la portée d'une ordonnance d'interdiction prononcée en vertu de l'art. 6(1) doit être limitée aux allégations précises faites dans le cadre de ces procédures—Eli Lilly a soutenu que le ministre aurait dû vérifier si le procédé décrit dans la PDN était le même que celui qui avait été divulgué à Eli Lilly—L'art. 7(1)b) du Règlement prévoit que le ministre ne peut délivrer un ADC avant que la seconde personne ne se soit conformée à l'art. 5 du Règlement—En vertu du Règlement, la seconde personne doit déposer un avis d'allégation auprès du ministre de même qu'une preuve de la signification de l'allégation et de l'énoncé détaillé à la première personne—Le ministre n'a pas accès à l'avis d'allégation et à l'énoncé détaillé signifiés à la première personne—Par conséquent, il ne peut s'assurer que les documents comportent les mêmes renseignements et il n'est pas tenu, en vertu du Règlement et de la jurisprudence, de s'assurer de l'exactitude de l'ADC et de l'énoncé détaillé des faits remis à la première personne—Le ministre doit seulement vérifier si son bureau a reçu une preuve de la signification de l'avis d'allégation et de l'énoncé détaillé à la première personne—Le Règlement n'exige pas que la seconde personne envoie une copie de

**BREVETS—Suite**

l'avis d'allégation et de l'énoncé détaillé au ministre—Eli Lilly a aussi soutenu que l'avis d'allégation que lui a fourni Apotex était inexact—Elle a invoqué la décision *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1996), 70 C.P.R. (3d) 206 (C.A.F.) où la Cour a statué que les conséquences pourraient être graves pour la seconde personne s'il était démontré que l'énoncé détaillé est inexact—Il a été allégué que les «conséquences graves» exigent l'annulation de l'ADC—Les «conséquences graves» peuvent être des dommages extraordinaires pouvant entraîner des dommages exemplaires et des frais entre avocat et client—Cela ne veut pas dire que l'ADC délivré par le ministre conformément à une ordonnance de *mandamus* peut être annulé—La procédure en *certiorari* n'est pas l'instance appropriée pour déterminer les incohérences ou inexactitudes du procédé divulgué par Apotex—Il faut déterminer si le ministre a commis une erreur susceptible de contrôle pouvant justifier l'intervention de la Cour—Eli Lilly n'a pas démontré que le ministre a commis une erreur susceptible de contrôle—La question la plus importante dans ce type de procédure est celle de la contrefaçon—Si les renseignements divulgués à Eli Lilly dans l'avis d'allégation se révèlent inexacts, la Cour peut, dans une action en contrefaçon, déterminer si Apotex a contrefait le brevet d'Eli Lilly en utilisant un procédé différent de celui pour lequel l'ADC a été délivré—Le cas échéant, Apotex pourrait subir des «conséquences graves»—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5, 6, 7(1).

ELI LILLY AND CO. C. APOTEX INC. (T-1144-97, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 31-3-99, 16 p.)

Apotex tente d'obtenir un avantage concurrentiel dont elle pourra bénéficier lorsque le brevet de Hoffmann-La Roche (HL) ayant trait au naproxen à libération prolongée en comprimés de 750 mg expirera en 2003—En 1996, après avoir conclu que l'allégation d'Apotex voulant qu'elle ne porterait pas atteinte au brevet de HL n'était pas étayée par la preuve, le juge Reed (*Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1996), 67 C.P.R. (3d) 484 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)) a accordé à cette dernière une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à Apotex—En 1996, Apotex a déposé un second avis d'allégation soulevant la question de la validité du brevet de HL—Celle-ci a présenté une demande afin d'obtenir une deuxième ordonnance interdisant la délivrance d'un avis de conformité—Le juge MacKay (*AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1997), 71 C.P.R. (3d) 129 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)) a conclu que la première et la seconde allégations étaient essentiellement analogues et a ordonné le sursis de toute autre instance introduite dans le dossier, mesure faisant en sorte que la première ordonnance d'interdiction continuait d'avoir effet—En octobre 1998, Apotex a informé le ministre du fait que la période de 30 mois ayant débuté lors de la présentation de la seconde demande d'interdiction

**BREVETS—Suite**

expirerait le mois suivant et le ministre, s'autorisant de l'ordonnance du juge MacKay, a délivré un avis de conformité—Cependant, après avoir lu soigneusement les motifs de l'ordonnance du juge MacKay, le ministre a plus tard informé les parties qu'il considérait l'avis nul—Dans l'intervalle, HL avait déposé la présente demande de contrôle judiciaire afin que la Cour annule l'avis de conformité, le déclare invalide et ordonne au ministre de le retirer—Bien que la question soit dénuée d'intérêt pratique compte tenu du retrait de l'avis, il est approprié pour la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire et de trancher les questions en litige opposant HL et Apotex—Même si l'instance prend la forme d'un différend régi par le droit public, il serait irréaliste de ne pas reconnaître que le litige a une incidence importante sur les droits d'origine législative des titulaires de brevet et de leurs concurrents commerciaux—De plus, comme toutes les parties ont comparu devant la Cour et que les avocats ont présenté des conclusions orales et écrites complètes sur toutes les questions en litige, rejeter l'instance au motif qu'elle est dénuée d'intérêt pratique équivaudrait à un gaspillage de temps et de ressources—Il faut décider si, pour interpréter l'ordonnance du juge MacKay statuant sur la seconde demande d'interdiction, la Cour est autorisée à aller au-delà de l'ordonnance elle-même et à examiner les motifs prononcés à l'appui de celle-ci—L'examen des motifs et, le cas échéant, de l'ensemble du dossier présenté à la Cour lui permet de prendre en compte le contexte qui a donné lieu à l'ordonnance afin de mieux comprendre sa portée et sa signification—Le fait que le juge MacKay ne semble avoir considéré que l'allégation de non-contrefaçon sans tenir compte de l'allégation relative à l'invalidité du brevet de HL soulève des difficultés—Fondée ou non, l'ordonnance du juge MacKay a néanmoins fait en sorte que la question de la similarité entre le second et le premier avis d'allégation est maintenant chose jugée—Par conséquent, l'ordonnance d'interdiction du juge Reed s'applique aux deux éléments que comporte le second avis d'allégation—Il est donc interdit au ministre de délivrer un avis de conformité à Apotex avant l'expiration du brevet de HL ayant trait au naproxen à libération prolongée en comprimés de 750 mg—L'alternative est la suivante: 1) Rejeter la demande au motif que l'interdiction prononcée par le juge Reed peut uniquement s'appliquer à l'allégation de non-contrefaçon—Par conséquent, en l'absence d'une ordonnance d'interdiction délivrée par le juge MacKay relativement à l'allégation d'invalidité ou d'une ordonnance prorogeant le sursis légal de 30 mois, Apotex a le droit d'obtenir un avis de conformité fondé sur son allégation d'invalidité—Cependant, agir ainsi aurait inévitablement pour effet de sacrifier l'important principe selon lequel, à moins d'être infirmées en appel, les ordonnances de la Cour sont définitives et doivent être appliquées conformément aux conditions claires dont elles sont assorties—Ou 2) faire droit à la demande et accorder la priorité aux avantages offerts par le principe de la chose jugée, ce qui donnerait au jugement de la Cour un effet que cette dernière ne pouvait

**BREVETS—Fin**

avoir eu l'intention de lui donner et qui ferait en sorte d'accorder la préférence à la forme plutôt qu'au fond—Le moindre mal consiste à conclure en faveur de la demanderesse et donc de confirmer les valeurs qui sous-tendent la doctrine de la chose jugée—Ordonnance annulant la délivrance d'un avis de conformité à Apotex par le ministre et déclarant que, comme elle outrepassait la compétence de ce dernier, cette mesure est invalide—Cette ordonnance est nécessaire pour empêcher Apotex d'introduire une demande de contrôle judiciaire faisant valoir que le ministre est tenu en droit de lui délivrer un avis de conformité en raison de l'allégation d'invalidité du brevet formulée dans son second avis d'allégation.

HOFFMANN-LA ROCHE LTD. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-2309-98, juge Evans, ordonnance en date du 7-4-99, 17 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration de rejeter une demande présentée au Canada en vue de l'obtention du statut de résident permanent pour des raisons d'ordre humanitaire conformément à l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration—Les demandeurs, un mari et sa conjointe, sont citoyens sri-lankais et sont d'origine tamoule—En juin 1994, ils ont quitté leur maison dans le nord du Sri Lanka, qui était déchiré par la guerre, et se sont enfuis à Colombo—Au mois d'août de cette année-là, ils sont arrivés au Canada—Le demandeur a déclaré que la situation à Colombo s'était détériorée depuis que leurs revendications du statut de réfugié avaient été rejetées en octobre 1995 et que leurs demandes en tant que membres de la catégorie des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada avaient été rejetées en juillet 1996—L'agent d'immigration ne voulait pas prendre une décision définitive au sujet de la demande fondée sur l'art. 114(2) tant qu'il n'aurait pas reçu les commentaires que l'agent des visas à Colombo a formulés en réponse à la demande—L'agent d'immigration a rejeté la revendication des demandeurs parce qu'ils n'avaient pas réussi à le convaincre qu'ils feraient face à des difficultés indues s'ils étaient obligés de quitter le Canada—Il s'agit de décider si l'agent d'immigration a violé l'obligation d'équité procédurale en se fondant sur la communication qu'il avait reçue de l'agent des visas à Colombo sans d'abord en faire part aux demandeurs et sans leur donner la possibilité d'y répondre—L'agent d'immigration devait respecter les règles d'équité procédurale, ce qui comprend l'obligation pour les décideurs de communiquer d'une façon raisonnable tout élément sur lequel ils envisagent de se fonder—Il s'agit de savoir si la communication que l'agent d'immigration a reçue au sujet

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

de la situation à Colombo est un «élément de preuve extrinsèque» aux fins de la règle énoncée dans l'arrêt *Shah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1995), 29 Imm. L.R. (2d) 82 (C.A.F.)—L'arrêt *Mancia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 3 C.F. 461 (C.A.) ne s'applique pas aux faits en l'espèce—L'agent d'immigration a violé l'obligation d'équité en se fondant sur l'avis de l'agent des visas sans d'abord donner au demandeur la possibilité d'y répondre—Il est déraisonnable de s'attendre à ce que les demandeurs fournissent sur une base continue, au sujet d'un changement survenu dans la situation du pays, les éléments de preuve additionnels qu'ils obtiennent après avoir présenté leurs observations, et ce, tant qu'ils ne sont pas informés de la décision—L'avis de l'agent des visas était susceptible d'influencer d'une façon toute particulière l'agent d'immigration—Il constituait une preuve «inédite et importante» et l'équité exigeait que l'agent d'immigration la divulgue aux demandeurs pour leur permettre de présenter leurs observations avant de rejeter, en se fondant sur cet avis, leur revendication en vertu du paragraphe 114(2)—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. 1-2, art. 114(2).

PACKIRSAMY C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-850-98, juge Evans, ordonnance en date du 17-3-99, 14 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision dans laquelle une agente des visas du consulat général canadien de Buffalo (New York) a rejeté la demande de résidence permanente au Canada déposée par la demanderesse et refusé de transférer le dossier de cette dernière à Détroit—La demanderesse est une citoyenne russe dont la résidence fixe se trouve en Russie—L'agente des visas pouvait-elle, en exerçant son pouvoir discrétionnaire, refuser de transférer le dossier de la demanderesse de New York à Détroit et rejeter la demande de résidence permanente déposée par celle-ci au motif qu'elle avait omis de se présenter à son entrevue qui devait avoir lieu le 1<sup>er</sup> mai 1998?—Les personnes qui prennent des décisions administratives peuvent, à titre de pratique administrative valable, et sans qu'un pouvoir légal les autorise à le faire, établir des lignes directrices et d'autres textes non obligatoires—La politique en vigueur en l'espèce exigeait que les personnes qui souhaitaient faire transférer leur dossier devaient présenter leur demande au moins deux semaines avant la date de leur entrevue—Si elles omettaient de présenter leur demande en temps utile, celle-ci pouvait être rejetée—La demanderesse n'a pas présenté sa demande de transfert en temps utile—L'entrevue devait avoir lieu le 1<sup>er</sup> mai et la demande de transfert a été reçue le 30 avril 1998—La demanderesse n'a pas fourni d'explication concernant son omission de se présenter à l'entrevue, ni sa demande visant à ce que son dossier soit transféré de New York à Détroit—Il ne revient pas au demandeur de décider du lieu où il aura son entrevue—Cette

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

décision appartient à l'agent des visas—L'agente des visas pouvait, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuser de transférer le dossier de la demanderesse de New York à Détroit—L'agente des visas n'a pas omis d'exercer convenablement son pouvoir discrétionnaire—L'argument de la demanderesse que l'agente des visas a abusé de son pouvoir discrétionnaire n'est pas fondé—La décision de l'agente des visas de refuser la demande de résidence permanente déposée par la demanderesse ne mérite pas l'intervention de la Cour—Demande rejetée.

VOSKANOVA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2736-98, juge Nadon, ordonnance en date du 1-4-99, 11 p.).

## EXCLUSION ET RENVOI

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la SAI de rejeter l'appel interjeté contre une mesure de renvoi qui avait été prise parce que le demandeur n'avait pas pu convaincre l'agent au point d'entrée ou l'arbitre que les personnes à sa charge et lui-même satisfaisaient à toutes les exigences de la Loi et du Règlement—Dans une déclaration sous serment signée en 1990, le demandeur a déclaré ne pas être marié et ne pas avoir d'enfants—Lorsqu'il est arrivé au Canada en septembre 1992, le demandeur a dit qu'il avait trois enfants, nés en 1988, en 1990 et en 1992, et qu'il n'était pas marié, mais qu'il avait habité avec sa conjointe de fait, qui était la mère de ses enfants—Dans son rapport, l'agent au point d'entrée a dit que le demandeur n'avait pas pu établir au point d'entrée que les personnes à sa charge satisfaisaient aux exigences de la Loi et du Règlement aux fins de la délivrance d'un visa—Il y a également mentionné que le demandeur n'avait pas répondu franchement aux questions qui lui avaient été posées lorsqu'il avait demandé son visa, contrairement à l'art. 9(3) de la Loi—L'arbitre a rejeté l'allégation selon laquelle le demandeur avait contrevenu à l'art. 9(3), mais il a conclu que le demandeur ne s'était pas acquitté de l'obligation prévue à l'art. 12 du Règlement d'établir que les personnes à sa charge et lui étaient admissibles, c'est-à-dire, qu'ils satisfaisaient à toutes les exigences de la Loi et du Règlement—La SAI a confirmé la décision de l'arbitre—Demande rejetée—La décision de la SAI est clairement correcte en droit et elle est pleinement étayée par les faits—La SAI n'a pas commis d'erreur en ne considérant pas comme pertinente aux fins de l'appel la preuve recueillie après que l'arbitre eut rendu sa décision (soit les documents établissant le lien de parenté entre les enfants et le demandeur et les évaluations médicales des enfants) et en ne reconnaissant pas l'admissibilité du demandeur compte tenu de cette preuve—La SAI peut utiliser une preuve nouvellement créée dans les affaires de parrainage et lorsqu'elle effectue des évaluations en vertu de la compétence qu'elle possède en *equity*, mais elle ne peut pas le faire lorsqu'elle détermine si la décision rendue par

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

un arbitre sur une question de droit ou de fait est correcte—Dans ce dernier cas, c'est la preuve qui existait au moment où l'arbitre a rendu sa décision qui est pertinente—Quoi qu'il en soit, les nouveaux éléments de preuve qui ont été présentés en l'espèce n'étaient pas l'allégation selon laquelle le demandeur a établi qu'il satisfait à toutes les exigences de la Loi—En l'espèce, la SAI a considéré à tort que *Flores* (T94-00301, 19-4-96), dans laquelle, elle avait, à la demande du ministre, fait droit à l'appel conformément à l'art. 73(1a) de la Loi, était une décision rendue sur consentement en vertu de la compétence que la SAI avait en *equity*—Dans *Flores*, la SAI s'est méprise sur les pouvoirs qu'elle possédait lorsqu'elle a signé une ordonnance fondée sur l'art. 73(1a) de la Loi—La SAI a eu raison de dire que les jugements rendus sur consentement n'ont pas valeur de précédents—En exerçant la compétence qu'elle possède en *equity* en l'espèce, la SAI a conclu que le demandeur avait délibérément essayé de contourner la législation canadienne en matière d'immigration et qu'il l'avait fait avec l'appui complet de sa famille—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(3) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18)—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 12.

VALDEZ C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5430-97, juge Reed, ordonnance en date du 12-3-99, 10 p.)

Requête pour surseoir à la mesure de renvoi du Canada en Afghanistan—Le demandeur, qui a reçu le statut de réfugié au sens de la Convention en 1986, a été déclaré coupable sous cinq chefs d'accusation de trafic d'héroïne en 1992 et condamné à cinq ans d'emprisonnement—Mesure d'expulsion suivie d'une déclaration de danger pour le public—Déclaration de danger et mesure de renvoi contestée par voie de contrôle judiciaire et sursis accordé à l'exécution de la mesure de renvoi—Demandes de contrôle judiciaires rejetées, avec deux questions certifiées par le juge d'instance pour appel: savoir si la Cour a compétence pour décider de la constitutionnalité de l'art. 53(1d) de la Loi sur l'immigration dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire d'une déclaration de danger et si une déclaration de danger, en vertu de l'art. 53(1d), qui s'appuie sur une évaluation du risque de renvoyer un réfugié dans son pays d'origine et sur la pondération du danger pour le public au Canada avec le risque encouru par le réfugié au sens de la Convention, est conforme aux exigences de la justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la Charte—Requête accordée—Il n'y a pas de doute que les deux questions certifiées soulèvent des questions graves—La première question a donné lieu à des décisions conflictuelles de la Section de première instance quant à savoir si la constitutionnalité peut être mise en cause dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire ou seulement par l'introduction d'une action—La deuxième question a été jugée être une question sérieuse par la C.A.F.: *Sivakumar c. Canada*, [1996] 2 C.F. 872 (C.A.)—Aucun

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

litige quant au préjudice irréparable que le renvoi en Afghanistan causerait au demandeur—Les menaces potentielles contre le demandeur et les atteintes aux droits reconnus par l'art. 7 de la Charte doivent être évaluées au moment où la requête de sursis à la mesure de renvoi est entendue, surtout dans un contexte comme celui-ci où les conditions dans le pays où la personne visée doit être renvoyée se sont détériorées—L'avocate du défendeur s'est appuyée surtout sur la prépondérance des inconvénients, plaidant qu'un sursis à la mesure de renvoi causerait un préjudice irréparable à l'intérêt public à cause du coût du maintien en détention du demandeur—Il faut pondérer les intérêts du demandeur et l'intérêt public—Le demandeur présente peu de risque de récidive, car il est présentement détenu et le restera probablement jusqu'à la fin des procédures—Si le sursis n'est pas accordé, l'appel deviendra sans objet puisqu'après son expulsion, le demandeur ne pourra se prévaloir d'aucun recours devant les tribunaux canadiens—Les infractions aux droits prévus à l'art. 7, s'il en est, resteraient sans remède—De plus, l'expulsion mettrait en danger la vie et la sécurité du demandeur—Par ailleurs, l'atteinte à l'intérêt public est présenté en termes de coûts de détention—La solution consiste à chercher à accélérer le processus judiciaire visant les questions en litige et non à empêcher le demandeur d'obtenir un procès sur ces questions en l'expulsant et en mettant sa sécurité en danger—Le raisonnement dans *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, à la page 346, s'applique: comme la décision ne s'appliquera qu'au demandeur, la prépondérance des inconvénients est en sa faveur—L'affaire ne se prête pas à l'octroi des dépens sur une base avocat-client, mais le demandeur a droit à des dépens de 1 000 \$—Il est difficile de comprendre pourquoi la mesure de renvoi n'a été signifiée au demandeur que quatre jours avant la date prévue pour sa mise en œuvre—Pas de motif valable de n'avoir pas prévu un meilleur délai pour l'audition de la requête pour l'obtention d'un sursis, et d'avoir ainsi créé une situation d'urgence inutile—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 53(1*d*) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur la Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

SAID C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-149-99, juge Létourneau, J.C.A., ordonnance en date du 30-4-99, 7 p.)

## PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Contrôle judiciaire de la décision de rejeter une revendication du statut de réfugié fondée sur le manque de crédibilité—La seconde des deux bandes utilisées pour enregistrer l'audience qui a eu lieu devant la SSR a été égarée—Dans

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

l'arrêt *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793, il a été décidé que lorsque la loi n'exige pas qu'une transcription de l'audience soit effectuée, les cours de justice doivent déterminer si le dossier leur permet de statuer convenablement sur la demande d'appel ou de révision—Si c'est le cas, l'absence d'une transcription ne violera pas les règles de justice naturelle—En l'absence d'un droit à l'enregistrement d'une audience accordé par la loi, il n'y aura violation des règles de justice naturelle que si la cour a un dossier inadéquat qui ne lui permet pas de fonder sa décision—Demande accueillie—Ni la Loi sur l'immigration ni les Règles de la section du statut de réfugié n'exigent que l'audience soit enregistrée—Le tribunal a décidé de faire enregistrer l'audience—La transcription partielle révèle que le tribunal a tiré trois conclusions apparemment non motivées—Il n'est pas possible d'effectuer un contrôle judiciaire valable à l'aide de la transcription partielle, qui révèle des erreurs potentiellement sérieuses—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2—Règles de la Section du statut de réfugié, DORS/93-45.

RAZM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3796-98, juge Lutfy, ordonnance en date du 17-3-99, 7 p.)

Appel de la décision de la Section de première instance ((1995), 102 F.T.R. 24) de rejeter une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié a conclu que l'appelant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le juge Gibson a certifié la question de savoir si les enregistrements sonores des audiences de détermination du statut de réfugié constituent une partie du dossier—Le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en refusant de verser l'enregistrement sonore au dossier ou de l'écouter avant d'en arriver à sa décision dans l'affaire dont il était saisi—Ce que l'appelant recherche par le dépôt de l'enregistrement sonore dans le dossier, c'est un examen de la décision de la section du statut de réfugié qui dépasse les limites de la norme de révision applicable à la Section de première instance—Cette norme n'aurait pas permis au juge Gibson de revoir les faits ou de soupeser à nouveau la preuve—La principale question concernait la crédibilité du requérant—La section du statut de réfugié a elle-même vu et entendu, à titre de juge des faits, le témoin dont elle a contesté la crédibilité—A l'instar des autres juges des faits, elle a bénéficié d'un avantage unique lorsqu'elle en est arrivée à ses conclusions relatives à la crédibilité du témoin—Cela ne signifie pas qu'une cour de justice ne devrait jamais accepter l'enregistrement sonore d'une procédure lorsque la décision d'un tribunal administratif est contestée—Cet enregistrement pourrait être fort utile, par exemple, pour établir un manque d'équité fondamental au cours de l'instance, laquelle faute constitue un déni de justice naturelle—Le juge Gibson n'était nullement tenu de verser l'enregistrement sonore au dossier ou de l'écouter de façon

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

à évaluer lui-même la crédibilité de l'appelant—Appel rejeté et réponse négative donnée à la question certifiée.

CHEN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-746-95, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 15-4-99, 8 p.)

## STATUT AU CANADA

*Citoyens*

Appel contre une décision d'octroi de citoyenneté—Le défendeur était physiquement présent au Canada 534 jours sur les 1095 jours de résidence requis durant les quatre années précédant la demande de citoyenneté—Selon la jurisprudence *Koo (Re)*, [1993] 1 C.F. 286 (1<sup>re</sup> inst.), le critère applicable consiste en la question de savoir si l'intéressé «vit régulièrement, normalement ou habituellement» au Canada ou si sa vie y est centrée—Les facteurs déterminants comprennent la durée de ses séjours au Canada, le lieu de résidence de sa famille immédiate et étendue, la durée et les raisons de ses absences, la qualité de ses liens avec le Canada par comparaison aux liens avec tout autre pays, et la question de savoir si le Canada est le pays où il revient chez lui chaque fois et non pas simplement un lieu de visite—Dans *Lam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 410 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), la Cour est revenue sur la question de la norme de contrôle applicable dans les appels en matière de citoyenneté, à la lumière de deux faits nouveaux: 1) le juge saisi ne fait plus fonction de juge des faits depuis l'entrée en vigueur des Règles de la Cour fédérale (1998), mais entend l'appel à titre de demande; 2) on prévoit l'adoption d'une nouvelle loi sur la citoyenneté qui apporterait de profonds changements au processus d'instruction des demandes de citoyenneté et à la fonction de contrôle de notre Cour—Après avoir relevé certains facteurs objectifs qui imposeraient une plus grande retenue au juge judiciaire, le juge Lutfy a conclu, eu égard à la période transitoire, qu'il ne fallait pas trop dévier de la norme de contrôle actuellement en vigueur, c'est-à-dire qu'il fallait faire preuve d'une certaine retenue face aux connaissances et à l'expérience spécialisées du juge de la citoyenneté—Il n'y a, au vu des pièces du dossier, aucune erreur dans les motifs pris par le juge de la citoyenneté—Les deux fils de l'intimé sont étudiants au Canada—Sa femme et ses fils sont citoyens canadiens—L'intimé a fait les recherches et les études de marché pour son produit en Chine, ce qui explique ses récentes absences du Canada—Distinction faite avec la cause *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Lok* (1998), 152 F.T.R. 207 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.): l'intéressé n'était présent au Canada que 170 jours durant la période en question, sa famille logeait chez un ami, lui-même était employé par une compagnie à Hong Kong où vivent ses parents et son frère, et la compagnie qu'il constituait au Canada n'était qu'une

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

façade—L'appelante n'a pas réussi à prouver que l'intimé a un lien notable avec un autre pays que le Canada—Il n'est pas retourné à Taiwan depuis 1994 et ses visites en Chine ont pour objet de donner suite à sa dernière initiative industrielle—La décision du juge de la citoyenneté est parfaitement conforme aux prescriptions des précédents *Papadogiorgakis (In re) et in re la Loi sur la citoyenneté*, [1978] 2 C.F. 208, et *Koo (Re)*—Le premier voyage de l'intimé hors du Canada, juste quelques semaines après son établissement, ne trahit que la nécessité habituelle pour l'immigrant investisseur de donner promptement suite à l'accueil de sa demande, sans avoir nécessairement fini de déménager du pays d'origine—Appel rejeté.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. YANG (T-1414-98, juge Lutfy, ordonnance en date du 1-4-99, 6 p.)

Appel de la décision d'un juge de la citoyenneté qui a accordé la citoyenneté au défendeur même s'il a été absent du Canada pendant 765 jours au cours des quatre années précédant sa demande de citoyenneté—Le défendeur est un comédien et acteur roumain qui retourne fréquemment en Roumanie pour poursuivre sa carrière—Le juge de la citoyenneté a souligné que, malgré ses absences répétées du Canada, le défendeur a donné de nombreux spectacles au Canada, dont plusieurs à titre gracieux pour des organismes canadiens—Les éléments de preuve produits n'appuient pas la conclusion du juge de la citoyenneté—Le centre du mode de vie du défendeur est en Roumanie et non au Canada—Celui-ci n'a pas de liens manifestes avec le Canada—Le temps passé au Canada au cours des dernières années représente de brefs congés et non l'établissement d'une résidence permanente—Appel accueilli.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. DUMITRU (T-1683-98, juge Reed, ordonnance en date du 31-3-99, 7 p.)

Appel de la décision de refuser d'octroyer la citoyenneté pour cause de défaut de remplir les conditions de résidence—Le demandeur est arrivé au Canada comme étudiant en 1989—Il a obtenu le droit d'établissement comme résident permanent en 1995—Il a présenté une demande de citoyenneté le 12 septembre 1997—La période de séjour au Canada avant l'obtention du droit d'établissement est prise en compte lorsqu'il s'agit de déterminer si les conditions de résidence sont remplies—Il lui manque 70 jours pour respecter l'exigence de 1 095 jours prévue à l'art. 5(1)c) de la Loi sur la citoyenneté—Lors de l'entrevue qu'elle a fait subir au demandeur le 19 juin 1998, le juge de la citoyenneté a établi que son épouse et que son enfant né au Canada étaient retournés à Hong Kong, que son père était retourné en Chine et que sa mère était demeurée en Chine; le demandeur résidait en Chine depuis septembre 1997, ayant obtenu un congé pour une période indéterminée en raison de

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

la maladie de sa mère, et il n'envisageait pas de revenir au Canada après son retour en Chine deux jours après l'entrevue—Le juge de la citoyenneté a tenu compte de ces facteurs pour déterminer si les absences du demandeur entre le 12 septembre 1993 et le 12 septembre 1997 devaient compter comme périodes de résidence au pays—Le facteur déterminant est la question de savoir si le juge de la citoyenneté a commis une erreur de droit lorsqu'elle a pris en considération des événements postérieurs au 12 septembre 1997—La question à poser est de savoir si un demandeur de la citoyenneté élit domicile de façon évidente et définitive au Canada, dans l'intention bien claire d'avoir des racines permanentes dans ce pays: *Re Ho*, [1997] A.C.F. n° 1747 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)—Si les événements postérieurs à la demande de citoyenneté aident à apprécier la qualité de ses liens avec le Canada préalablement à cette demande, ils sont pertinents dans l'évaluation du juge de la citoyenneté et on ne peut lui reprocher de les prendre en considération—Les événements postérieurs au 12 septembre 1997 établissent clairement que même si le demandeur avait envisagé à un moment donné de s'établir en permanence au Canada, il n'avait plus cette intention à la date de sa demande de citoyenneté—Appel rejeté—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)c.

WANG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (T-1881-98, juge Reed, ordonnance en date du 1-4-99, 5 p.)

*Réfugiés au sens de la Convention*

Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié faisant droit à la requête accueillant la perte de statut de réfugié—La requérante a obtenu le statut de réfugié en février 1996 en raison d'une crainte de violence et de torture depuis que son mari avait adopté des convictions religieuses intégristes—En avril 1996, elle a présenté une demande de résidence permanente pour elle-même et ses quatre enfants—Elle a inscrit son mari à titre de personne à charge hors Canada—Elle soutient que son mari a changé et que ses enfants ont besoin de sa présence, mais qu'elle n'envisage pas reprendre la vie commune avec lui—La Commission a conclu que les raisons ayant conduit à conférer le statut de réfugié n'existent plus, parce que la requérante réclame la présence de son mari au Canada et soutient qu'il n'est plus violent—La requérante allègue que le ministre ne s'est pas acquitté du fardeau de démontrer qu'il s'est produit un changement fondamental, concret et durable justifiant la perte du statut de réfugié—Demande rejetée—Le critère, énoncé par le professeur James C. Hathaway dans *The Law of Refugee Status*, Toronto, Butterworths, 1991, et par le juge Tremblay-Lamer dans *Barabhuiyan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 92-A-998, jugement en date du 30-11-93, non publié, fait référence à un changement politique ou social dans un pays d'origine—Le critère ne s'applique pas,

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

car la requérante n'a pas fondé sa revendication du statut de réfugié sur la façon dont la conjoncture politique ou sociale au Liban la touchait, mais sur des circonstances personnelles liées au comportement et aux convictions religieuses de son mari—Il serait tout à fait déraisonnable d'essayer de déterminer si les convictions religieuses ou les regrets d'un individu ont changé à un tel point que l'on puisse conclure qu'il s'agit d'un changement fondamental, effectif et durable—La Commission n'a pas commis d'erreur en n'appliquant pas ces critères jurisprudentiels à la situation de la requérante—En outre, la question d'un changement de circonstances est une question de fait: *Yusuf c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1995), 179 N.R. 11 (C.A.F.)—Étant donné que déterminer si un changement de conjoncture politique dans le pays d'origine d'une personne ou simplement d'un changement dans la situation personnelle d'une personne pour lequel cette dernière a revendiqué le statut de réfugié est une question de fait, la Commission pouvait conclure que la crainte «initiale» de la requérante avait disparu—Dans de telles demandes, le fardeau de démontrer qu'il y a perte du statut de réfugié incombe au ministre—En l'espèce, le ministre n'a pas le fardeau de prouver que le mari de la requérante a changé et que le changement est durable, mais il doit prouver que le changement s'est produit et qu'il s'agit d'un changement important—Compte tenu des déclarations de la requérante portant sur la façon dont son mari a changé, il est manifeste que celle-ci souhaite vivre avec son mari car ses enfants ont besoin d'un père—La décision de la Commission n'est pas déraisonnable—L'art. 2(2)e) de la Loi sur l'immigration prévoit qu'une personne perd le statut de réfugié au sens de la Convention quand les raisons qui lui faisaient craindre d'être persécutée ont cessé d'exister—Il n'y a plus de raisons qui permettent de croire que la requérante est une réfugiée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(2)e) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1).

YOUSSEF C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-990-98, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 29-3-99, 14 p.)

Contrôle judiciaire de la décision de la section du statut qui a rejeté la revendication du statut de réfugié—Le demandeur, qui est un Tamoul du Sri Lanka, a revendiqué le statut de réfugié par ce motif qu'il avait été persécuté par les Tigres de libération de l'Eelam Tamoul (les Tigres Tamouls) puis par l'armée sri-lankaise—La section du statut n'ajoutait pas foi au témoignage du demandeur qu'il avait été persécuté par l'armée sri-lankaise, concluant qu'il avait une possibilité de refuge intérieur à Colombo—Les motifs de décision sont muets sur le point de savoir s'il craignait avec raison d'être persécuté par les Tigres Tamouls dans l'Est du pays ou à Colombo—Le demandeur soutient que la Loi sur l'immigration ne permet pas à la section du statut de prononcer oralement sa décision et les motifs y afférents, puis de les notifier par écrit après coup—L'art. 69.1(9)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

prévoit qu'elle rend sa décision le plus tôt possible après l'audience et la notifie à l'intéressé et au ministre par écrit—L'art. 69.1(11)a prévoit qu'elle notifie par écrit sa décision et les motifs y afférents si cette décision est défavorable à l'intéressé—Étant donné, comme le prescrit l'art. 69.1(9), l'importance qu'il y a pour la section du statut de rendre ses décisions sans retard, ce serait vraiment extraordinaire d'interpréter l'art. 69.1(11)a) comme ayant pour effet d'interdire à la formation de jugement de rendre de vive voix une décision défavorable dès que le demandeur aura été entendu—Si on faisait abstraction du contexte ou de l'objectif de la loi, le texte anglais de l'art. 69.1(11)a) pourrait s'interpréter comme imposant à la section du statut, en cas de décision défavorable, de donner les motifs écrits au moment même où elle rend sa décision, ce qui exclurait effectivement le prononcé à l'audience des décisions défavorables—Il n'est cependant pas nécessaire d'atteindre à pareil résultat, d'autant plus que l'art. 69.1(11)a) résulte d'une modification visant à résoudre précisément ce problème dans l'ancienne formulation du texte—La section du statut satisfait à l'obligation de transmettre les motifs avec la notification de la décision, si les motifs transmis avec l'avis de décision comprennent le dispositif lui-même: *Isaku c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 150 F.T.R. 143 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Toute ambiguïté qui persisterait est dissipée par le texte français, aux termes duquel «la transmission des motifs se fait avec sa notification»—Ce qui ne laisse aucun doute que les motifs doivent être transmis avec la notification de la décision, et n'exclut pas la possibilité que la décision ait été déjà rendue oralement—Défaut par la section du statut de mentionner la preuve que depuis 1996, la police ne permet pas aux non-résidents tamouls de séjourner à Colombo plus de quelques jours—Si elle était acceptée, cette preuve signifierait que Colombo n'était pas une destination «réalistement accessible» au demandeur, et anéantirait la conclusion que celui-ci y jouirait des services sociaux—Faute par elle de mentionner dans ses motifs de décision cette preuve importante sur pareille pratique de la police, on ne peut que conjecturer sur la manière dont la section du statut envisageait cette preuve ou sur le point de savoir si elle y a fait attention du tout—Son défaut à cet égard fait que sa décision est erronée sur le plan juridique—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60).

BADURDEEN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1312-98, juge Evans, ordonnance en date du 17-3-99, 11 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la CISR selon laquelle le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le demandeur, qui est un citoyen du Cameroun, est arrivé au Canada en mai 1997 et a allégué craindre d'être persécuté du fait de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social—Il s'agit de

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

déterminer si la CISR a imposé un fardeau de la preuve différent de celui qui a été établi dans l'arrêt *Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680 (C.A.), si la conclusion défavorable que la CISR a tirée au sujet de la crédibilité est raisonnable compte tenu du fait que le demandeur n'a pas revendiqué le statut de réfugié aux Pays-Bas et pendant les trois ans qui ont suivi son départ du Cameroun et si les erreurs de fait figurant dans les motifs de la CISR influent d'une façon déterminante sur le résultat et justifient l'intervention de la Cour—Demande accueillie—Le fardeau de la preuve établi dans l'arrêt *Adjei* se rapporte au fondement objectif de la crainte de l'intéressé—Seule la crainte subjective se rapporte à des questions de crédibilité—En l'espèce, les motifs de la CISR montrent que l'absence de crédibilité constituait le seul fondement justifiant le rejet de la revendication du demandeur—La preuve montre que les faits sur lesquels la CISR s'appuie pour tirer une conclusion de crédibilité défavorable sont inexacts—Il s'agit de savoir s'il reste des éléments de preuve à l'appui de la conclusion de crédibilité défavorable une fois que les erreurs de fait ont été séparées des autres éléments de preuve dont la CISR a fait mention dans ses motifs—Compte tenu des nombreuses erreurs de fait qui ont été commises, l'appréciation qui a été faite au sujet de la crédibilité est déraisonnable—L'affaire doit être renvoyée pour nouvelle audition devant un tribunal différent.

NGUE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1678-98, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 22-3-99, 12 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la section du statut de réfugié de la CISR dans laquelle elle a conclu que la mère et son fils, citoyens du Congo, n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—La mère prétend que son époux, son frère et elle-même ont été persécutés au Zaïre parce que son frère était soupçonné par l'armée d'être un espion pour l'opposition et parce qu'elle était membre d'un parti d'opposition politique (UDPS) au Canada—La SSR a rejeté la demande au motif que la preuve, compte tenu du changement de situation dans la République démocratique du Congo, n'établissait pas qu'il y avait une possibilité raisonnable que les demandeurs soient persécutés s'ils devaient retourner au Congo—Les questions soulevées sont les suivantes: la Commission a-t-elle commis une erreur en concluant que, compte tenu du changement de situation au nouveau Congo, la crainte des demandeurs n'était plus fondée et qu'elle était déraisonnable; la Commission a-t-elle mal appliqué le critère visé à l'art. 2(3) de la Loi et commis une erreur en ne se demandant pas si la persécution dont la demanderesse a été victime justifiait l'application de l'art. 2(3); la Commission a-t-elle commis une erreur en ne tenant pas compte du rapport médical dans son évaluation du fondement objectif de la crainte de la demanderesse; la Commission a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que la crainte qu'a la demanderesse d'être persécutée

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

n'était pas fondée en raison de son appartenance à un parti politique au Canada; la Commission a-t-elle commis une erreur en concluant qu'il était peu vraisemblable que la demanderesse, compte tenu de sa réputation politique au Zaïre, serait ciblée par les autorités en place; la Commission a-t-elle commis une erreur dans son évaluation de la preuve en concluant, notamment, que le traitement dont la demanderesse a fait l'objet entre 1993 et 1996 n'équivalait pas à de la persécution—Demande accueillie—Malgré l'argument du défendeur selon lequel il était loisible à la Commission de conclure que les changements ont été tels que la crainte de la demanderesse d'être persécutée n'était plus raisonnable et était dénuée de fondement étant donné qu'on ne peut s'attendre à ce que le nouveau régime persécute ceux qui étaient soupçonnés d'être ses partisans sous l'ancien régime, la Commission n'a pas correctement abordé la question de savoir si les changements récents de situation étaient tels que la demanderesse n'avait plus de raison de craindre d'être persécutée si elle devait retourner au Congo, ce qui constitue une erreur susceptible de contrôle—La question de savoir si l'expérience d'une personne constitue une «raison impérieuse» aux termes de l'art. 2(3) est une question de fait à laquelle il revient à la Commission de répondre—La Commission avait l'obligation d'examiner le degré d'atrocité des actes commis contre la demanderesse, leurs répercussions sur son état physique et mental, puis de juger si ces facteurs constituent en soi une raison impérieuse de ne pas la renvoyer dans son pays d'origine: *Shahid c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 28 Imm. L.R. (2d) 130 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—La Commission a commis une erreur en ne tenant pas compte du rapport médical parce que la Commission avait conclu que les actes commis contre la demanderesse ne permettaient pas d'invoquer l'art. 2(3) de la Loi—La Commission était convaincue que tous les traitements qu'a subis la demanderesse au Zaïre étaient répréhensibles, mais qu'ils ne satisfaisaient pas aux conditions spéciales de l'art. 2(3), sans indiquer pourquoi elle en était venue à cette conclusion—Un demandeur du statut de réfugié ne peut utiliser comme motif de sa crainte d'être renvoyé dans son pays de citoyenneté le fait que, pendant qu'il se trouvait au Canada, il a participé à des activités politiques et qu'il ne devrait donc pas être renvoyé dans son pays d'origine—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(3).

BIBOMBA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1706-98, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 23-3-99, 22 p.)

*Résidents permanents*

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agente des visas a rejeté les demandes de résidence permanente présentées par les demandeurs (citoyens iraniens)—Le demandeur, qui depuis plus de 30 ans travaille à son compte en Iran et qui possède un patrimoine d'une

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

valeur nette estimée à plus de 4 millions de dollars, avait sollicité la résidence permanente au Canada au titre de la catégorie des entrepreneurs—L'agente des visas a néanmoins conclu que le demandeur ne correspondait pas à la définition d'entrepreneur—La demande est accueillie—L'agente des visas n'a commis aucune erreur en tenant compte de ses connaissances de la langue anglaise, de la scolarité rudimentaire et de l'âge du demandeur pour décider s'il était en mesure ou non d'établir une entreprise au Canada—Dans la mesure où elle a réexaminé ces facteurs-là, il n'y a pas eu de double comptage—Elle a évalué les compétences du demandeur et, ensuite, a apprécié s'il était en mesure d'établir une entreprise au Canada—En ce qui concerne la manière dont la définition a été appliquée, le projet d'entreprise présenté par le demandeur prévoyait uniquement l'établissement d'une entreprise et il n'y a en conséquence aucune erreur de droit ni aucun déni d'équité procédurale découlant du fait que l'agente des visas ne se soit pas demandée si le demandeur était en mesure d'acheter une entreprise ou un commerce au Canada, ou d'y investir une somme importante—Cela dit, une participation «active» et «régulière» à la gestion de l'entreprise (Règlement sur l'immigration, art. 2(1), «entrepreneur», al. b)) veut simplement dire être toujours en mesure d'impulser ou de modifier les opérations d'une entreprise sans besoin, pour l'entrepreneur, de se trouver sur place pour assurer au jour le jour la bonne marche de l'entreprise—C'est à tort que l'agente des visas n'a pas fait de distinction entre une participation à la gestion et l'établissement d'une entreprise—Il incombe au demandeur de fournir à l'agente des visas suffisamment d'éléments pour étayer sa demande mais lorsque celle-ci a, comme en l'espèce, une préoccupation particulière (en l'occurrence concernant le manque d'expérience des pratiques commerciales en Occident) susceptible d'aboutir au rejet d'une demande, l'équité exige de fournir au demandeur la possibilité de réagir à cette préoccupation—En accordant trop d'importance à l'expérience qu'un candidat peut avoir du monde du commerce en Occident, on arriverait à rejeter les demandes d'entrepreneurs chevronnés qui ont fait leurs preuves au sein d'autres cultures—En l'espèce, le demandeur a, à l'évidence, des aptitudes au commerce—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) «entrepreneur».

YAZDANIAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4894-97, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 26-3-99, 7 p.)

**COURONNE**

Renvoi injustifié—Requête en vue d'obtenir un jugement sommaire en rejet de l'action de la demanderesse pour renvoi injustifié (renvoi de la GRC en raison d'une invalidité physique); les motifs suivants sont soulevés à l'appui de la requête: 1) l'État n'est pas susceptible de poursuites pour

**COURONNE—Suite**

toute perte, notamment blessures ou dommages, ouvrant droit au paiement d'une pension ou indemnité conformément à l'art. 9 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif (LRCECA); 2) en vertu de l'art. 111 de la Loi sur les pensions, nulle procédure n'est recevable contre Sa Majesté si une pension est accordée en vertu de cette Loi ou de toute autre loi, relativement à cette invalidité; 3) subsidiairement, la procédure applicable aux griefs concernant le renvoi, par mesure administrative, de la demanderesse, prévue par la Loi sur la GRC, empêche l'introduction d'une action pour renvoi injustifié contre Sa Majesté et limite le recours que la demanderesse peut exercer à une demande de contrôle judiciaire fondée sur la Loi sur la Cour fédérale—Requête accueillie mais, en vertu de la règle 57 des Règles de la Cour fédérale, la demanderesse peut donner suite au recours dont elle dispose au moyen d'une demande de contrôle judiciaire—1) L'empêchement prévu à l'art. 9 sur la LRCECA ne s'étend pas aux actions en responsabilité contractuelle, comme l'action en l'espèce—Il n'y a pas de jurisprudence dans laquelle l'art. 9 a fait obstacle à une action en responsabilité contractuelle—La disposition n'est pas suffisamment claire pour faire obstacle à l'action en responsabilité contractuelle de la demanderesse—2) L'art. 111 de la Loi sur les pensions (qui empêche les actions contre Sa Majesté) ne s'applique pas en l'espèce parce que ni les définitions de «pension» ou de «membre des forces» figurant dans la Loi sur les pensions ni le libellé de la Loi sur la pension de retraite de la GRC n'ont pour effet d'assujettir la demanderesse et son action à l'empêchement prévu à l'art. 111 de la Loi sur les pensions—3) Le principe selon lequel une action pour renvoi injustifié peut être intentée lorsque l'employeur ne donne pas un avis de cessation d'emploi raisonnable ne s'applique pas à un membre de la GRC qui est nommé à titre amovible—Le régime légal et réglementaire concernant le grief présenté par un membre qui a fait l'objet d'un renvoi, par mesure administrative, en raison d'une invalidité physique est l'unique recours dont dispose la demanderesse—Le recours approprié en l'espèce consistait à se plaindre du refus de la Gendarmerie d'accueillir la demande de prorogation du délai de présentation d'un grief au niveau II de la procédure applicable aux griefs ou à demander immédiatement le contrôle judiciaire—Les dispositions législatives et réglementaires prévues à l'égard de la procédure applicable aux griefs dans le cas d'un renvoi par mesure administrative faisaient obstacle à l'action de la demanderesse pour renvoi injustifié—Normalement, en raison de ce qui précède, l'action devrait être rejetée—L'avocat de la défenderesse a reconnu dans les prétentions écrites que le recours que la demanderesse peut exercer est une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale—En vertu de la règle 57 des Règles de la Cour fédérale (1998), la Cour n'annule pas un acte introductif d'instance au seul motif que l'instance aurait dû être introduite par un autre acte introductif d'instance—Il faut donner effet à la règle 57, même si l'action a été intentée il y a plus de huit

**COURONNE—Suite**

ans—L'action de la demanderesse a été intentée dans le délai de dix jours prévu dans la version de 1990 de l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale aux fins du dépôt d'une demande de contrôle judiciaire—Par conséquent, il ne serait pas nécessaire d'accorder une prorogation de délai si la demanderesse décidait de transformer l'action en une demande de contrôle judiciaire—La demanderesse disposera d'un délai de 30 jours pour déposer un avis de requête introductive d'instance à la Section de première instance conformément à la règle 300a), sous réserve du droit des parties, si elles le jugent opportun, de solliciter une ordonnance transférant à la Cour d'appel la nouvelle procédure engagée par la demanderesse conformément à la règle 49—Si la demanderesse décide de ne pas donner suite au recours dont elle dispose au moyen d'une demande de contrôle judiciaire, la requête que la défenderesse a présentée en vue d'obtenir un jugement sommaire sera accueillie et l'action sera rejetée—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 9—Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 111—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 49, 57, 300a)—Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10—Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-11.

MCLEAN C. CANADA (T-2509-90, juge Lutfy, ordonnance en date du 26-3-99, 21 p.)

**RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE**

Demande fondée sur la négligence dont auraient fait preuve les pompiers de Transports Canada appelés à éteindre l'incendie du moteur n° 2 de l'appareil affrété pour le vol 034 le 8 juillet 1989 en soirée—La défenderesse était responsable des services de lutte contre les incendies de l'aéroport international Lester B. Pearson—Au début de l'incendie, du carburant brut brûlait sur l'aire de trafic et un préposé d'escale, avec le concours du surveillant, l'a éteint à l'aide d'un extincteur à poudre—À l'arrivée de M. McWatters, pompier, du carburant brut s'échappait toujours de la buse de sortie, tombait au sol et prenait feu—Il y avait aussi du carburant brut et du résidu de poudre extinctrice sur l'aire de trafic—Malgré les directives du capitaine de ne pas le faire, le pompier a éteint le feu dans le moteur, le rendant inutilisable—Le vol fut annulé—Le moteur fut enlevé et réparé—La responsabilité civile délictuelle de l'État est indirecte suivant l'art. 3 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif—La demanderesse doit prouver qu'un préposé de l'État, agissant dans le cadre de ses fonctions, a manqué à une obligation envers elle—Il faut en outre établir que le préposé a causé un préjudice et ce, d'une manière suffisante pour donner lieu à une responsabilité personnelle vis-à-vis d'une personne physique—Les pompiers de l'aéroport international Pearson qui ont combat-

**COURONNE—Fin**

tu l'incendie étaient des préposés de l'État et ont agi dans le cadre de leurs fonctions—L'État, constitué partie défenderesse, représenté par Transports Canada, du fait de l'accomplissement des actes de ces pompiers, avait une obligation de diligence en droit privé envers Air Canada—Le service des incendies de l'aéroport international Lester B. Pearson a fourni aux personnes à bord du vol 034 d'Air Canada le meilleur rendement dont il était capable compte tenu des ressources mises à sa disposition le soir en question—Le produit extincteur de recharge appelé Halon n'était pas à la disposition des pompiers sur les lieux de l'incident—Le premier pompier qui est arrivé sur les lieux et qui a évalué la situation, M. McWatters, n'a commis aucune erreur de jugement en concluant à l'existence d'un risque pour les personnes et pour les biens et à la nécessité d'une mesure urgente—Il n'y a eu aucun manquement à l'obligation de diligence de Transports Canada envers Air Canada, même si celle-ci a subi un préjudice—Action rejetée—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 3.

AIR CANADA C. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS)  
(T-2434-91, juge Gibson, ordonnance en date du 12-4-99, 27 p.)

**DROIT D'AUTEUR**

Demande de contrôle judiciaire dans laquelle on conteste la compétence de la Commission du droit d'auteur pour réduire le tarif 2.A (Télévision-Stations commerciales) de 2,1 à 1,8 p. 100 des recettes publicitaires brutes pour les années 1994 à 1997 et pour adopter la «licence générale modifiée» (LGM), qui est une structure tarifaire facultative, pour l'année 1997—Subsidièrement, la SOCAN soutient que la décision de la Commission est manifestement déraisonnable—Demande rejetée—La norme de contrôle relative à la réduction du tarif est celle du caractère manifestement déraisonnable—Il n'a pas été démontré que la décision de la Commission en l'espèce était manifestement déraisonnable ou clairement irrationnelle—En ce qui concerne la question de compétence, la Commission doit trancher «correctement» la question de savoir si elle avait la compétence voulue pour adopter la LGM—Le pouvoir discrétionnaire que la Commission possède en vertu de la Loi d'établir le tarif et de fixer les modalités y afférentes est suffisamment large pour englober la LGM—La Commission a la compétence voulue pour fixer non seulement le tarif, mais aussi pour déterminer la façon de calculer la base de revenu à laquelle le tarif s'appliquera, et elle est tenue de le faire—Si la Cour applique la norme de la décision correcte, la Commission n'était pas incompétente pour adopter la LGM—De plus, la Commission n'a pas tiré une conclusion manifestement déraisonnable en adoptant la LGM.

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET  
ÉDITEURS DE MUSIQUE C. ASSOC. CANADIENNE DES

**DROIT D'AUTEUR—Fin**

RADIODIFFUSEURS (A-130-98, juge Robertson, J.C.A.,  
jugement en date du 19-3-99, 13 p.)

**DROIT MARITIME****RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE**

Action en allégations mensongères contre le défendeur Garry Huntley, directeur général de la défenderesse Geo International Inc.—La demanderesse était le transporteur maritime de trois conteneurs de chaussures de marche de la Chine au Canada—Les marchandises ont été débarquées à Vancouver début novembre 1997, et transportées par le train à Toronto—Les connaissements à ordre ont été remis à l'expéditrice Yancheng Eagle Shoes Co. Ltd.—Le 1<sup>er</sup> novembre 1997, Huntley a appelé Nikki Lawson, commis au Service des clients importateurs de la demanderesse—Le 3 novembre 1997, Huntley a envoyé par télécopie une copie du chèque de 1 180 \$ représentant les frais de transport et de terminal, avec demande des numéros de réclamation—Avec les numéros de réclamation, Geo s'est fait délivrer deux conteneurs de chaussures de marche par la compagnie de chemin de fer—La demanderesse n'avait pas pour habitude de communiquer les numéros de réclamation avant de recevoir les connaissements-chargeur endossés—La demanderesse n'a jamais reçu de Geo les connaissements-chargeur endossés—Geo ne les a jamais reçus elle-même et n'a pas payé à Yancheng le prix des marchandises—Yancheng a réclamé le dédommagement à la demanderesse—La réclamation a été réglée à l'amiable pour la somme de 155 000 \$US—La perte de la demanderesse s'élevait au total à 165 450 \$US—Le montant n'est pas contesté par Huntley—Huntley a-t-il fait des allégations mensongères à Lawson pour l'inciter à délivrer les marchandises à Geo?—Une allégation mensongère est une assertion de fait, faite sans que l'intéressé croie à sa véracité ou se soucie de ce qu'elle est véridique ou fausse, incitant l'interlocuteur à s'y fier pour agir en conséquence—Huntley a-t-il, sciemment et de façon insouciant, fait une fausse allégation lorsqu'il parlait à Lawson et obtenait les numéros de réclamation, afin de faire délivrer les marchandises à Geo?—Dans un procès contradictoire, il est rare que le défendeur reconnaisse tous les éléments constitutifs de l'allégation mensongère—Geo connaissait des difficultés financières—Huntley a reconnu qu'il a dit à Lawson que les marchandises Yancheng étaient requises d'urgence—Les éléments de preuve n'établissent pas que les communications de Huntley avec Lawson faisaient partie d'une pratique frauduleuse à laquelle les défendeurs se livraient pour entrer en possession de marchandises sans les payer—Il ne s'agit pas en l'espèce de faits prouvés sans l'ombre d'un doute—Compte tenu de la norme de la probabilité la plus forte, la demanderesse ne s'est pas acquittée de la charge qui lui incombe de prouver tous les éléments constitutifs de l'allégation mensongère contre Huntley—Rien ne prouve

**DROIT MARITIME—Fin**

que Huntley ait eu une part dans le refus de restituer les marchandises, dans leur vente, ou dans la réception et la conservation du produit de la vente—Il n'est pas coupable d'appropriation illicite—Action rejetée.

WESTWOOD SHIPPING LINES INC. C. GEO INTERNATIONAL INC. (T-359-98, juge Rothstein, jugement en date du 23-3-99, 17 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

Remise d'impôt—Appel d'une décision de la C.C.I. dans laquelle, sur appel de nouvelles cotisations établies par le MRN, le juge de la Cour de l'impôt avait conclu à sa compétence pour examiner et appliquer le mécanisme instauré par le décret de remise (remise d'impôt ou de pénalité lorsque le recouvrement de l'impôt ou l'imposition de la pénalité est déraisonnable ou injuste ou lorsque la remise en question serait conforme à l'intérêt public)—L'appel est accueilli—C'est à tort que le juge de la Cour de l'impôt a conclu qu'une ordonnance de remise intervient avant les nouvelles cotisations établies par le MRN—Cette méprise a pour effet d'établir, à tort, un lien entre l'idée de remise fiscale et celle de dette fiscale, et transformant, à tort, une remise d'impôt en exonération fiscale—La Loi sur la gestion des finances publiques exige, comme condition préalable, que l'on fixe le montant de la dette fiscale du contribuable et que l'on calcule le montant d'impôt dû par lui—Par conséquent, lors d'un appel interjeté de la cotisation établie par le ministre au regard de la dette fiscale d'un contribuable, le juge de la Cour de l'impôt ne saurait se prononcer sur la justesse de cette cotisation en évoquant le caractère éventuellement injuste ou déraisonnable du résultat que pourraient entraîner les efforts en vue d'assurer le recouvrement de l'impôt dû et payable—*Pachanos c. Ministre du Revenu national* (1990), 90 DTC 1668 (C.C.I.) suivi: une ordonnance de remise s'applique aux procédures de recouvrement de l'impôt qui est dû et qui n'a pas encore été réglé et non pas aux cotisations à l'impôt sur le revenu—Loi sur la gestion des finances publiques, L.C. 1991, ch. 24, art. 7(2).

CANADA C. PERLEY (A-521-97, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 9-3-99, 4 p.)

**CALCUL DU REVENU***Déductions*

Appel du jugement de première instance ((1997), 152 D.L.R. (4th) 764) concluant que les cotisations professionnelles versées par l'appelant à l'Institut canadien des évaluateurs pour l'année d'imposition 1988 ne pouvaient pas être déduites de son revenu tiré d'un emploi pour cette année en vertu de l'art. 8(1*i*)(i) de la Loi de l'impôt sur le

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

revenu—L'appelant était évaluateur immobilier—L'art. 8(1*i*)(i) permet de déduire les cotisations annuelles de membre d'association professionnelle, dont le paiement est nécessaire pour la conservation d'un statut professionnel reconnu par la loi—Le juge de première instance a conclu qu'un «statut professionnel reconnu par la loi» exigeait l'adoption d'une loi prévoyant la réglementation d'un organisme professionnel, et qu'il n'existait pas une telle loi en 1988—Appel accueilli—La jurisprudence sur laquelle le juge de première instance s'est appuyé ne traitait pas directement de la signification du terme «reconnu» à l'art. 8(1*i*)(i)—En fait, la décision *Minister of National Revenue v. Montgomery*, [1970] C.T.C. 115 (C. de l'É.) et celles qui ont suivi, incorporent dans la Loi de l'impôt sur le revenu des mots qui ne s'y trouvent pas—La démarche suivie par l'intimée oblige la Cour à compléter le mot «reconnu» utilisé à l'art. 8(1*i*)(i) par des mots comme «incluant» ou «prévoyant la réglementation de» la profession ou d'autres mots de même signification—Bien que bon nombre, et peut-être même la totalité, des organismes professionnels seront établis et réglementés par la loi, la Loi de l'impôt sur le revenu ne traite pas de la constitution ni de la réglementation des ordres professionnels; on ne peut pas déduire nécessairement que le mot «reconnu» à l'art. 8(1*i*)(i) englobe ce genre d'exigences—L'art. 8(1*i*)(i) a pour but d'autoriser, à titre de déduction sur le revenu, des cotisations professionnelles versées afin de maintenir un statut professionnel reconnu par la loi—L'expression «reconnu par la loi» a simplement pour but d'établir une norme au regard de laquelle la validité du statut professionnel en question peut être évaluée—Si le législateur avait l'intention de restreindre le sens du mot «reconnu» pour y inclure la condition d'être «constitué», «créé» ou «réglementé» par la loi, il lui était loisible d'utiliser des mots à cet effet, mais il ne l'a pas fait—En l'espèce, il y a une reconnaissance légale du statut professionnel des évaluateurs pour les fins de l'art. 8(1*i*)(i)—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 8(1*i*)(i).

MONTGOMERY C. CANADA (A-799-97, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 23-3-99, 8 p.)

**INTERPRÉTATION DES LOIS**

Requêtes présentées par l'intimé dans le but de connaître l'interprétation qu'il convient de donner de l'art. 82.1(2) de la Loi sur l'immigration, qui exempte les décisions des agents des visas de la nécessité d'une autorisation de la Cour préalablement à la présentation d'une demande de contrôle judiciaire—La question litigieuse est l'interprétation qu'il convient de donner des mots «aux décisions prises par l'agent des visas» et «aux questions soulevées par toute demande qui lui est faite dans ce cadre»—Ce sont les décisions par lesquelles le délégué du ministre a refusé d'admettre les requérantes pour des raisons d'ordre humani-

**INTERPRÉTATION DES LOIS—Fin**

taire qui sont en cause—Les requérantes sont des sœurs qui vivent au Sri Lanka et qui ont présenté des demandes de résidence permanente dans la catégorie des parents aidés—Des lettres en date du 13 avril et du 19 mai 1998 les informaient du rejet de leurs demandes au motif qu'elles n'avaient pas obtenu suffisamment de points pour que leurs demandes de droit d'établissement soient prises en considération et qu'il n'existait pas suffisamment de raisons d'ordre humanitaire pour leur accorder le droit d'établissement—La version française de l'art. 82.1(2) est plus précise que la version anglaise puisqu'elle exprime l'idée que les décisions de l'agent des visas qui sont visées par l'exception prévue à l'art. 82.1(1) sont celles qu'il prend par lui-même et non celles qu'il prend sur l'ordre de quelqu'un d'autre—L'avocate des requérantes a soulevé une question importante—Les requêtes de l'intimé ont été accueillies et les demandes ont été rejetées parce que l'autorisation requise n'a pas été obtenue—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1(2) (édicé par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1990, ch. 8, art. 53; 1992, ch. 49, art. 73).

RAJADURAI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4014-98, IMM-4402-98, juge Reed, ordonnance en date du 30-3-99, 9 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****ENREGISTREMENT**

Appel contestant la décision rendue par la Commission des oppositions des marques de commerce qui a rejeté l'opposition formulée par la London Life à l'endroit de la demande d'enregistrement de la marque de commerce «La Liberté de Planifier Votre Avenir» pour être employée en liaison avec des services d'assurance-vie—La London Life est propriétaire des marques «Freedom 55», «Liberté 55», «First Freedom», «Liberté Première» et «Freedom Time» pour être employées en liaison avec des services d'assurance, de planification financière, de placements et des régimes d'épargne-placement—La London Life prétend que le commissaire a commis une erreur en concluant que la marque de commerce visée par la demande d'enregistrement était une marque de commerce enregistrable, et ce, parce qu'il existe un risque de confusion contrairement à ce que prévoit la Loi sur les marques de commerce, art. 6 et 12(1)d)—La preuve atteste de l'ampleur de la publicité qu'a faite la London Life de ses marques de commerce «Freedom 55/Liberté 55»—Selon l'art. 12(1)d) de la Loi sur les marques de commerce, une marque de commerce est enregistrable si elle ne crée pas de la confusion avec une marque de commerce déposée—L'expression «créant de la confusion» s'entend au sens de l'art. 6—L'art. 6(5) exige que le tribunal tienne compte de toutes les circonstances de l'espèce pour décider si une marque de commerce crée ou

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

non de la confusion—En général, la Cour doit se demander si, comme première impression dans l'esprit d'une personne ordinaire ayant un vague souvenir de l'autre marque ou de l'autre nom, l'emploi des deux marques ou des deux noms, dans la même région et de la même façon, est susceptible de donner l'impression que les services reliés à ces marques ou à ces noms sont fournis par la même personne, que ces services appartiennent ou non à la même catégorie générale: *Miss Universe Inc. c. Bohna*, [1995] 1 C.F. 614 (C.A.)—L'art. 16 prévoit qu'un requérant a le droit d'obtenir l'enregistrement d'une marque de commerce, à moins que, à la date où elle a été employée en premier lieu, elle n'ait créé de la confusion avec une marque de commerce antérieurement employée au Canada—L'art. 38 précise les motifs d'opposition—D'après la preuve produite, la marque dont l'enregistrement est demandé possède un caractère distinctif inhérent limité, tout comme la marque de l'appelante—La marque dont l'enregistrement est demandé possède un caractère distinctif acquis limité—La preuve indique que la marque «Liberté 55» est largement reconnue par les membres du public concerné de la province de Québec et qu'elle leur est familière—Une marque bien connue a droit à une large protection—En ce qui concerne les facteurs énumérés aux art. 6b), c) et d), la London Life emploie «Freedom 55» et «Liberté 55» depuis 1984, tandis que la Manufacturers n'a commencé à employer la marque dont elle demande l'enregistrement qu'en 1991; le genre de services auxquels les marques sont associées est identique; les circuits commerciaux respectifs dans lesquels ces deux compagnies opèrent se chevauchent—Les marques «Freedom 55» et «Liberté 55» suggèrent l'idée d'être libéré des soucis financiers à 55 ans—La marque «La Liberté de Planifier Votre Avenir» véhicule l'idée de la planification de l'avenir—Ces idées se chevauchent, mais ne sont pas identiques—Quant à l'état du registre, il y a plusieurs demandes en instance pour l'enregistrement de marques de commerce connexes, mais peu de preuve quant à l'emploi d'une famille de marque par l'appelante—Le caractère distinctif n'est qu'un des éléments dont il faut tenir compte pour apprécier le risque de confusion—La Commission n'a pas commis d'erreur en appréciant la marque de commerce de l'intimée dans ce contexte et a déterminé qu'elle possédait un caractère distinctif inhérent d'un degré limité et qu'elle était devenue un peu connue au Canada—La Commission n'a pas commis d'erreur dans les constatations de fait et les conclusions reposent sur celles-ci—Les éléments de preuve produits devant la Cour et devant la Commission ne me permettent pas de tirer une conclusion différente—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6, 12, 16(1), 38 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 134).

LONDON LIFE, CIE D'ASSURANCE-VIE C. LA CIE D'ASSURANCE-VIE MANUFACTURERS (T-1284-97, juge Reed, ordonnance en date du 24-3-99, 15 p.)

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

## PRATIQUE

Requête en jugement sommaire rejetant la déclaration en vertu de l'art. 216 des Règles au motif qu'il n'existe pas de véritable question litigieuse quant à la déclaration—La demanderesse utilise depuis 1990 au Canada la marque de commerce «Uni Eco-Stone» en liaison avec des dalles de pavage et l'a fait enregistrer en 1992—En 1996, la défenderesse a fait de la publicité pour des dalles de pavage sous le nom de «SF-Eco»—Ni l'une ni l'autre des parties ne fabrique ou ne vend des marchandises, mais elles accordent plutôt des licences permettant à autrui de le faire à leur place, en vertu des droits de propriété intellectuelle qu'elles possèdent—Les produits auxquels se rapportent les marques des parties sont des pavés autobloquants en béton—La défenderesse a obtempéré à la lettre la mettant en demeure de cesser d'employer la marque «SF-Eco» en liaison avec des dalles de pavage—En raison de la mise en demeure envoyée par les avocats de la demanderesse et de l'action en contrefaçon de marque de commerce engagée par la demanderesse, aucun pavé «SF-Eco» n'a encore été vendu au Canada—Pour obtenir gain de cause dans sa requête en jugement sommaire, la défenderesse doit démontrer que la Cour est en mesure de trancher toutes les questions litigieuses pertinentes à partir des éléments de preuve portés à sa connaissance et qu'il n'y a pas de questions qui nécessitent la tenue d'un procès pour pouvoir être jugées équitablement—Les principes régissant les jugements sommaires doivent être interprétés littéralement de manière à forcer le juge saisi de la requête à «examiner de près» la preuve pour décider s'il existe des questions de fait qui justifient le type d'évaluation et d'appréciation de la preuve qui reviennent légitimement à l'arbitre des faits—La règle 216(3) autorise expressément le juge saisi de la requête à prononcer un jugement sommaire lorsque des questions de fait sont en litige—La question centrale soulevée dans la déclaration et dans la défense est celle de savoir si la demanderesse a droit à un monopole au Canada relativement à l'utilisation du mot «eco» en liaison avec des pavés de béton perméables—La question de la confusion se situe au cœur même des allégations que formule la demanderesse en ce qui concerne à la fois la contrefaçon de sa marque de commerce et le *passing-off*—La validité de la marque de commerce de la demanderesse, «Uni Eco-Stone», n'est pas contestée et il y a donc lieu de considérer que la demanderesse est en mesure de l'opposer à tout tiers qui la contreferaient—La seule marque de la demanderesse qui est pertinente en l'espèce est la marque «Uni Eco-Stone»—Il n'y a pas de famille de marques «Eco» au Canada sur laquelle la demanderesse pourrait se fonder—La question de l'existence d'une «confusion» au sens des art. 7b) et 21 de la Loi est une question mixte de droit et de fait—Éléments de confusion énumérés à l'art. 6(5) de la Loi—La marque de commerce «Uni Eco-Stone» est une marque faible—Lorsqu'il est employé en liaison avec des pavés en béton au Canada, le terme «Eco» est beaucoup plus fortement associé à la

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

caractéristique alléchante de la perméabilité qu'il n'est accessoirement associé aux pavés de la demanderesse ou même à des pavés provenant d'une source unique—Il existe une similitude évidente entre les marchandises des parties: il s'agit dans les deux cas de pavés de béton autobloquants perméables—La nature du commerce permet de penser que les risques de confusion entre les marques «Uni Eco-Stone» et «SF-Eco» sont minces—Le mot «Eco» possède un sens général et il n'a pas été démontré qu'il était associé secondairement au Canada au produit sur lequel la marque de la demanderesse est gravée—La défenderesse s'est acquittée du fardeau qui lui incombait de convaincre le tribunal qu'il n'y a pas de questions de fait qui ne peuvent être tranchées équitablement que par un procès—Les questions ne sont ni nombreuses, ni complexes et elles ne dépendent pas des conclusions tirées au sujet de la crédibilité—La requête est accueillie—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 216—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6(5), 7b), 21.

F. VON LANGSDORFF LICENSING LTD. c. S.F. CONCRETE TECHNOLOGY INC. (T-335-97, juge Evans, ordonnance en date du 8-4-99, 18 p.)

Requête en radiation de tous les renvois à l'art. 32 de la Loi sur la concurrence figurant dans une défense et une demande reconventionnelle au motif que les pratiques qui y sont mentionnées ne peuvent faire l'objet d'une poursuite que sur une plainte exhibée par le procureur général du Canada—La défenderesse rétorque qu'elle devrait être autorisée à alléguer des pratiques contraires à la Loi pour prouver l'absence de «mains nettes» en vue de répondre à la demande d'injonction présentée par la demanderesse—Le recours prévu à l'art. 32 ne concerne pas l'emploi d'une marque de commerce qui réduit la concurrence; il traite plutôt de la question de limiter indûment la concurrence—La question de savoir si des gestes entraînent des conséquences indues ne peut être établie que dans le cadre d'une plainte exhibée par le procureur général du Canada—La marque de commerce vise à limiter la concurrence—L'art. 32 concerne le caractère indu—L'art. 32 ne peut être invoqué comme moyen de défense ni servir de fondement à une demande reconventionnelle dans le cadre d'une action concernant des marques de commerce—Requête accueillie—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 19), art. 32 (mod. par L.C. 1990, ch. 37, art. 29).

VOLKSWAGEN CANADA INC. c. ACCESS INTERNATIONAL AUTOMOTIVE LTD. (T-319-98, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 19-4-99, 3 p.)

Appel de la décision ((1997), 77 C.P.R. (3d) 501) par laquelle la Section de première instance a radié la déclaration des appelantes dans une action en dommages-intérêts pour usurpation de leurs marques de commerce et diminu-

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

tion de la valeur de l'achalandage lié à ces marques—Les appelantes Coca-Cola Ltée (CCL) et Embouteillage Coca-Cola Ltée (ECCL) sont respectivement le propriétaire ou concédant des marques déposées de Coca-Cola au Canada et le licencié et fabricant des produits Coca-Cola au Canada—Les intimés distribuent, entreposent, expédient, transbordent et exportent à partir du Canada des produits fabriqués par ECCL—Les intimés ont répondu à la déclaration maintenant contestée—Le juge des requêtes a conclu que les paragraphes 17, 18, 19, 21 et 22 de la déclaration des appelantes ne révélaient aucune cause raisonnable d'action—Il faut normalement demander la radiation d'un acte de procédure avant d'y répondre, mais il est possible de présenter, à tout moment sous le régime de la Règle 419*a*), une requête en radiation fondée sur l'absence de cause raisonnable d'action—Le juge des requêtes a, à bon droit, limité son examen de la requête à ce moyen—N'ayant pas conclu à un retard excessif, il n'a pas voulu refuser d'accorder un redressement pour ce motif—Cette décision relevait de son pouvoir discrétionnaire et la Cour n'a aucun motif de l'infirmier—Le juge des requêtes a appliqué la règle du premier emploi pour conclure que les intimés n'avaient pas «employé» les marques de commerce: une fois les marchandises portant les marques de commerce des appelantes vendues par elles dans le cours normal de leurs affaires, la revente subséquente des mêmes marchandises portant les mêmes marques de commerce ne peut pas constituer un emploi ni un emploi donnant ouverture à une poursuite—Le juge des requêtes a conclu que les activités des appelantes ne contrevenaient pas aux art. 4(3), 19, 20, 22(1) de la Loi sur les marques de commerce, chacune de ses dispositions engageant la responsabilité du défendeur uniquement en cas d'«emploi»—Le droit en matière de marques de commerce vise essentiellement à empêcher la tromperie quant à la provenance de marchandises et de services, lorsque leur créateur a adopté une marque distinctive pour ces marchandises et ces services—Cette conception de l'emploi est renforcée par la jurisprudence, qui met l'accent sur la tromperie comme élément essentiel de l'usurpation—Il n'y a pas eu d'«emploi» par les intimés au sens de la Loi—L'action dirigée contre eux en vertu des art. 4(3), 19, 20 ou 22(1) ne pourrait être accueillie—Le juge des requêtes a conclu que les paragraphes 17, 18, 19, 21 et 22 ne révélaient aucune cause raisonnable d'action—Il a radié l'action parce que le cœur de l'action avait disparu—Son évaluation de la déclaration était juste—Il n'a commis aucune erreur en radiant la déclaration intégralement—Il n'y a, dans les documents, aucune indication du fait que les appelantes auraient demandé l'autorisation de modifier la déclaration—Cette question relevait du pouvoir discrétionnaire du juge des requêtes et aucun élément n'établit qu'il aurait commis une erreur susceptible de contrôle dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire—Appel rejeté—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 4(3), 19, 20, 22(1).

COCA-COLA LTÉE C. PARDHAN (A-869-97, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 12-4-99, 17 p.)

**PRATIQUE****ACTES DE PROCÉDURE***Requête en radiation*

Le défendeur voulait obtenir soit la radiation de la demande de contrôle judiciaire de la décision de TPSGC portant que la soumission de la demanderesse relativement à des services de déménagement d'articles de ménage ne respectait pas les exigences financières impératives et qu'elle était donc irrecevable, soit le sursis de l'instance jusqu'à l'issue d'une deuxième demande de contrôle judiciaire introduite devant la Cour d'appel—La requête en radiation alléguait l'abus de procédure ou le double emploi des instances, compte tenu de la contestation de la décision du TCCE par la demanderesse devant la Cour d'appel—En l'absence d'observations émanant des avocats sur les dispositions pertinentes des accords internationaux et de la législation connexe concernant la portée du pouvoir d'examen du TCCE en ce qui concerne les procédures du gouvernement, il ne convenait pas que la Cour tire quelque conclusion que ce soit sur ce point et elle aurait commis une erreur en rejetant sommairement la demande de contrôle judiciaire avant que ne soit tranchée la question de la portée de la compétence du TCCE et celle de savoir si son processus de traitement des plaintes constituait une autre voie de recours adéquate—Cependant, cela ne signifie pas que les demandes de contrôle judiciaire doivent être examinées simultanément—Bien que les deux demandes visent des décisions différentes, dans les deux instances, la demanderesse veut obtenir en définitive l'annulation du rejet de sa soumission par le Ministère—Les questions de fait en cause se chevauchent de façon importante—La présentation de la preuve dans les deux instances ferait donc double emploi—Il faut écarter la possibilité que des décisions contradictoires soient rendues du fait que les deux demandes sont soumises en première instance, respectivement, devant la Section de première instance et devant la Cour d'appel—La bonne administration de la justice commande le sursis de la demande de contrôle judiciaire introduite devant la Section de première instance jusqu'à ce qu'une décision finale soit rendue relativement à la demande soumise à la Cour d'appel.

NFC CANADA LTD. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(T-288-99, juge Lufy, ordonnance en date du 8-4-99,  
10 p.)

**FRAIS ET DÉPENS**

Les demandeurs (intimés) ont sollicité un jugement déclarant illégale la «restriction applicable au détenteur actuel» en ce qui concerne l'allocation fondée sur l'historique de la capture comme ligne directrice générale et stratégique à l'égard d'un régime de quotas pour la pêche au flétan sur la côte ouest du Canada—Sur consentement, le

**PRATIQUE—Suite**

juge de première instance a divisé l'audience en deux parties: la question de la légalité, le redressement—Le juge de première instance a tiré une conclusion favorable aux intimés au sujet de la question de la légalité—La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel, a rejeté les actions et a adjugé aux appelants (défendeurs) leurs frais en appel et en première instance—La Cour suprême du Canada a rejeté la demande d'autorisation de pourvoi des intimés ainsi que leur demande de réexamen de cette décision—Les appelants ont déposé un seul mémoire de frais incorporant les dépens se rapportant aux trois instances—1) Le juge de première instance devrait-il être chargé de la taxation et la taxation devrait-elle être effectuée oralement?—En vertu de la règle 2 des Règles de la Cour fédérale (1998), «officier taxateur» s'entend d'un juge, d'un notaire ou d'un arbitre et d'un «fonctionnaire du greffe désigné à ce titre par ordonnance de la Cour»—D'où le pouvoir qui est conféré à l'officier taxateur en matière de taxation des dépens—Les règles 2 et 405 ne précisent pas la façon dont les affectations en matière de taxation des dépens sont effectuées—Elles ne parlent pas de la question de savoir qui a compétence pour décider en matière d'affectation au juge de première instance—Toutefois, dans *TRW Inc. c. Walbar of Canada Inc.* (1992), 146 N.R. 57 (C.A.F.); *C.N.R. c. Industrial Estates Ltd.* (1987), 9 F.T.R. 118 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Smerchanski c. Ministre du Revenu national*, [1979] 1 C.F. 801 (C.A.); *Hillsdale Golf & Country Club Inc. c. R.*, [1979] 1 C.F. 809 (1<sup>re</sup> inst.), qui étaient fondés sur les anciennes Règles, il a été statué que le juge ne taxe les dépens que dans des circonstances exceptionnelles—Il n'y a rien dans les nouvelles Règles qui laisse entendre que ce principe ne s'applique plus—Les nouvelles Règles maintiennent la pratique selon laquelle ce sont les fonctionnaires du greffe qui sont chargés de la taxation des dépens—Il n'y a rien dans les documents qui exige que le juge de première instance s'occupe de cette taxation à l'exclusion des autres officiers taxateurs—2) Les dépens soumis étaient-ils excessifs?—Résumé des arguments relatifs aux facteurs de la règle 400(3) (importance, complexité des questions en litige; partage de la responsabilité; charge de travail; l'intérêt public dans la résolution judiciaire de l'instance justifie-t-il une adjudication particulière des dépens?; la conduite d'une partie a-t-elle eu un effet sur la durée du litige?) dont la Cour peut tenir compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire dans l'adjudication des dépens—La règle 409 permet à l'officier taxateur de tenir compte des facteurs visés à la règle 400(3)—Les articles du tarif B devraient être considérés comme distincts et taxables selon les circonstances qui leur sont propres de façon à tenir compte des contestations qui ont été faites au fur et à mesure que le litige s'est déroulé—La règle 409 n'exige pas que le même nombre d'unités soit attribué à tous les articles d'un mémoire de frais, par ex. des actes de procédure et des interrogatoires préalables difficiles peuvent se voir accorder un plus grand nombre d'unités qu'un procès simple—Le contraste entre des jugements de première instance et

**PRATIQUE—Suite**

d'appel peut montrer que les questions en litige ont été difficiles à définir, mais cela ne permet pas nécessairement de déterminer la valeur à attribuer—Il s'agissait d'une affaire régionale, mais elle avait des répercussions plus étendues—Un faible nombre de questions ont été réglées avant l'audience, sinon aucune—Il n'y a pas beaucoup de pêcheurs individuels qui ont les ressources nécessaires pour pouvoir se permettre des actions altruistes contre les autorités—La simple lecture de la disposition du tableau du tarif B, art. 7 (communication de documents), montre qu'il ne faut pas effectuer une attribution distincte pour chacun des groupes de parties lorsqu'il n'y a qu'une instance—Cette disposition prévoit une seule indemnité, quel que soit le nombre de causes d'action invoquées—Compte tenu des ordonnances par lesquelles les actions ont été réunies, la Cour ne fait pas droit à deux réclamations—L'emploi de l'article indéfini «un» au début du libellé de l'art. 8 (préparation d'un interrogatoire, y compris un interrogatoire préalable ou un interrogatoire relatif à un affidavit) permet une réclamation distincte pour la préparation de chaque interrogatoire qui a été effectué—Le passage du temps à lui seul ne convainc pas la Cour, eu égard aux circonstances, qu'il est justifié de présenter une réclamation à l'égard d'une nouvelle préparation chaque fois que les parties sont revenues à un individu—Si les modifications apportées aux actes de procédure et l'évolution des questions connexes ont généré de nouvelles causes d'action nécessitant pareille préparation, les appelants devaient confirmer la preuve telle qu'elle était avancée par chaque partie—Pour l'art. 9 (présence aux interrogatoires, pour chaque heure), l'art. 1(2) du tarif B (contenu du mémoire de frais) ne doit pas être interprété si strictement que le résultat obtenu ne corresponde pas aux efforts qui ont apparemment été faits selon le dossier—Les documents ne précisaient pas les différents problèmes associés aux interrogatoires préalables—Compte tenu du principe de l'indemnité partielle et du fait que les appelants ont engagé des frais pour que leur avocat soit présent, les circonstances de l'espèce ne sont pas exceptionnelles à un point tel qu'il convient de ne rien accorder—Il n'y pas d'inférence défavorable en ce qui concerne une série d'interrogatoires préalables qui se sont poursuivis jusqu'à la veille de l'audience qui pourrait montrer jusqu'à quel point le litige était difficile—Pour les art. 14 (honoraires d'avocat pour chaque heure de présence à la Cour), 15 (préparation et dépôt d'un plaidoyer écrit), le critère préliminaire énoncé à l'art. 1(2) du tarif B n'exige pas un résultat incompatible avec le dossier même de la Cour—Les appelants ont effectué des recherches dans les dossiers de la Cour pour confirmer le nombre d'heures réclamées pour les diverses audiences—Les unités permises pour l'art. 14 exigent que l'on fasse une grande distinction entre l'attribution d'un nombre d'unités se rapprochant du maximum et l'attribution d'un nombre d'unités se rapprochant du minimum à l'égard des services rendus—Comme les appelants ont eu des problèmes au fur et à mesure que l'affaire s'est déroulée devant le juge de première instance, le maximum est

**PRATIQUE—Suite**

accordé—L'intervenante a présenté une demande en vue de faire suspendre le jugement de première instance tant que l'appel ne serait pas réglé parce que les intimés avaient obtenu un résultat erroné en première instance, lequel avait en fin de compte été annulé en appel, où il avait été conclu que toute l'action avait été conçue d'une façon erronée et l'intervenante condamnée aux dépens—Comme l'ordonnance exigeait que l'intervenante prenne les frais en charge, rien n'est accordé—Quant aux unités demandées en vertu des art. 19 (mémoire des faits et du droit), 20 (demande d'audience), 22 (honoraires d'avocat lors de l'audition de l'appel), la décision *Briere c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)* (1986), 10 F.T.R. 80 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), dans laquelle la Cour a statué qu'il ne faut pas adjuger de dépens si le jugement n'est pas fondé sur des arguments soulevés par les parties, ne s'applique pas car la Cour a déjà décidé du barème—Le travail effectué avant l'audience a permis de constituer un dossier qui a apparemment aidé la Cour d'appel fédérale à infirmer le jugement rendu en première instance—Quant aux débours, les interrogatoires préalables sont avantageux pour les plaideurs et la Cour puisqu'ils isolent les questions en litige et les définissent—Les dépens sont accordés—La règle 343, qui porte sur les transcriptions à inclure dans le dossier d'appel, énonce des paramètres plus généraux que ceux apparemment plus restrictifs qui étaient énoncés à l'ancienne Règle 1206(3)a—Des montants sont soustraits pour la transcription des observations au début de l'audience, car le témoignage verbal et les motifs auraient été suffisants, et pour la transcription des plaidoyers des appelants et des remarques finales du juge de première instance—Le mémoire de frais de 91 067,45 \$ est accueilli pour la somme de 60 336,09 \$—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 2, 343, 400(3), 403, 405, 409, tarif B (tableau)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1206(3)a.

CARPENTER FISHING CORP. C. CANADA (A-941-96, T-554-91, T-974-91, officier taxateur Stinson, taxation en date du 23-3-99, 24 p.)

**REJET DE L'INSTANCE**

Caractère théorique—Demande de contrôle judiciaire d'une décision prise en 1996 en vue de modifier les conditions de surveillance applicables à la libération conditionnelle du demandeur—Avant la décision, le demandeur était autorisé à communiquer avec son agent de liberté conditionnelle une fois par année seulement par écrit—La décision de 1996 l'obligeait à se présenter une fois par mois en personne jusqu'à ce que son cas ait été examiné et ensuite au moins une fois tous les trois mois—Le demandeur a été informé que les conditions de sa libération conditionnelle avaient pris fin le 9 octobre 1998, de sorte qu'il n'était plus un libéré conditionnel et donc plus soumis à une surveillance—Le défendeur a présenté une requête pour faire rejeter la

**PRATIQUE—Suite**

demande en alléguant son caractère théorique—L'arrêt de principe sur la question du caractère théorique est l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342—Une instance devient théorique quand les circonstances ont tellement changé qu'il n'existe plus entre les parties de litige actuel qui puisse être réglé par une décision—La demande en l'espèce est théorique—La Cour a décidé de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire de se prononcer sur la demande malgré son caractère théorique—Tout bien considéré, l'examen des conséquences accessoires et l'économie des ressources judiciaires ne favorisent pas l'audition de la demande—Le public n'a pas un intérêt suffisant dans la demande pour justifier qu'elle soit entendue malgré son caractère théorique—Demande rejetée.

SHOULDERS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(T-719-98, juge Sharlow, ordonnance en date du 12-4-99, 6 p.)

**SIGNIFICATION**

Citoyenneté et Immigration—Requête en ordonnance rejetant l'avis de demande déposé par le demandeur—Le demandeur a déposé un affidavit démontrant ses efforts en vue de signifier l'avis de demande—Le défendeur a déposé un affidavit attestant n'avoir jamais reçu copie de l'avis de demande—La règle 127 des Règles de la Cour fédérale (1998), exige que l'acte introductif d'instance soit signifié à personne de la manière prévue à la règle 128—L'avis de demande n'a pas été signifié au demandeur dans les conditions prévues par la règle 128—La règle 147 ne saurait être invoquée pour valider la signification en l'absence d'éléments démontrant que le demandeur avait eu connaissance de l'avis de demande—Il s'agissait de savoir si, compte tenu de la règle 127(2), la signification était indispensable (il n'est pas nécessaire de signifier à personne, au titre de l'art. 127(1), l'acte introductif d'instance à une partie qui a déjà participé à l'instance)—La solution n'est pas évidente quant à la question de savoir si le fait de participer à une instance afin de contester la signification a pour effet de rendre cette signification superflue du fait que la partie contestant la signification a effectivement participé à l'instance—La règle 208 (selon laquelle ne constitue pas en soi une reconnaissance de la compétence de la Cour la présentation par une partie à l'instance d'une requête la signification de la déclaration) illustre le principe dont la Cour peut tenir compte dans l'interprétation de la règle 127(2), et selon lequel si l'on peut contester la compétence de la Cour sans pour cela reconnaître sa compétence, on devrait pouvoir contester la signification sans que cela ait pour résultat de rendre cette signification superflue—La règle 127(2) ne s'applique pas à la participation à une instance lorsqu'il s'agit uniquement de contester la régularité d'une signification—Si, d'ordinaire, l'inobservation des règles constitue une irrégularité qui peut être corrigée par une ordonnance adaptée, la situation n'avait rien d'ordinaire

**PRATIQUE—Suite**

en l'espèce—Le demandeur aurait pu déposer une demande *ex parte* sollicitant une ordonnance de signification substitutive sur le fondement de la règle 136, ou introduire, sur le fondement de la règle 8, une requête en prorogation des délais de signification—Au lieu de cela, les conseillers du demandeur ont opté pour le dépôt de documents tendant à démontrer que la signification avait effectivement été effectuée alors que ce n'était pas le cas—La même chose s'est produite en ce qui concerne la signification du dossier du demandeur—Cela étant, la Cour n'était pas disposée à

**PRATIQUE—Fin**

considérer comme une simple irrégularité l'inobservation des règles—L'avis de demande déposé par le demandeur est radié en vertu de la règle 59c—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 8, 59c, 127, 128, 136, 147, 208.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. WEI (T-1712-98, juge Pelletier, ordonnance en date du 31-3-99, 6 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